

# بطلان العقود وإبطالها

الدكتور محمد في مشيئةنا مساء العيدين

## نظرة عامة :

ينبغي أن نميز جريا على عادة فقهاء القانون بين البطلان والإبطال والفسخ من جهة ومن جهة ثانية بين الإبطال وبين البطلان.

أ - فالبطلان يعتد به في حالات معينة هي أن يتخلف ركن من أركان التعاقد، كأن يكون أحد طرفي العقد صغيرا غير مميز، أو يكون محل العقد مستحيل التحقيق، أو الالتزام لا يتوفر على سبب يحمل عليه، وكذلك يمكن تقرير بطلان العقد بناء على اختيار المشرع، بنصه على بطلان تصرف معين حتى ولو كانت أركانه تامة.

ب - أما الإبطال فهو الحكم الذي يرتبه الشارع على تخلف شرط من شروط صحة العقد، كما لو تعرضت إرادة أحد المتعاقدين لعيب من عيوب الرضى مثل الاكراه، أو الغلط، أو التدليس، أو الغبن، أو أن تكون الإدارة ناقصة، إما بسبب جنون، أو بإحدى حالات نقص الأهلية المعروفة (1).

ج - أما الفرق بين البطلان، والإبطال، وبين الفسخ من جهة فيرجع إلى كون البطلان والإبطال ينشآن من تخلف ركن، أو تحقق عيب أو عدم توفر شرط من شروط صحة التعاقد. بينما الفسخ يتحقق عندما ينشأ العقد صحيحا، ولكن أحد المتعاقدين أدخل بواجبه فلم يتيقّد بالتزامه فلجأ الطرف الآخر إلى طلب الفسخ ليتحلل من هذا الالتزام. وبذلك فالفسخ من خصائص العقود التبادلية، بينما البطلان والإبطال يمكن تحقق أي واحد منهما في العقود التبادلية وغيرها، في حين أن الفسخ لا يرد كما سلف

(1) نص الفصل 135 من مدونات الأحوال الشخصية على حالتين هما : المميز أو السفیه.

الا على عقد صحيح، يضاف إلى هذا أن الفسخ إذا وقع أزال العقد من الوجود بأثر رجعي (2).

وتتميز القوانين المدنية بكثرة التقسيمات، لهذا الموضوع فهناك النظرية التقليدية التي كانت تقسم البطلان إلى نوعين بطلان مطلق وبطلان نسبي، فالبطلان المطلق يتحقق إذا تخلف ركن من أركان العقد بينما يتحقق البطلان النسبي بتخلف شرط من شروط صحة العقد.

الا أنه عند اتمام اجراءات البطلان النسبي، أو ما سيعبر عنه تباعا بقابلية الابطال عندما يعتد به من حيث الحكم يلحق بالبطل في جميع الحالات.

ثم أتت من بعد تلك النظرية، نظرية ثانية قسمت البطلان إلى ثلاث حالات هي : الانعدام، والبطلان المطلق، والبطلان النسبي. فيكون العقد استنادا إلى هذه النظرية معدوما إذا فقد ركنا من أركان انعقاده، ويكون باطلا بطلانا مطلقا إذا فقد شرطا من شروط صحة الانعقاد، كما يكون باطلا بطلانا نسبيا، إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، أو شاب إرادته عيب من عيوب الرضى (3).

وقد سنوا مسطرة للتمييز بين الباطل والمنعدم تتلخص فيما يلي :

حيث درج الفقهاء القدامى على التفريق بين حالتين من البطلان، فأطلقوا على احدهما البطلان المطلق وعلى الثانية البطلان النسبي، كما يضيفون حالة ثالثة هي الانعدام.

فمن خلال هذا التقسيم يرتب الجزء بحسب درجة العيب، الذي علق بالعقد، فإذا تخلف ركن من أركان العقد، كالرضا أو المحل، أو السبب، أو الشكل في أحد العقود الشكلية، أصبح العقد منعما يمكن اعتباره لا وجود له.

أما البطلان المطلق فهو الجزء على تخلف شرط من شروط صحة أحد هذه الأركان، كعدم تعيين المحل، أو عدم مشروعية السبب (4).

أما البطلان النسبي فهو الحكم الذي رتبته الشارع على العقد عندما يشاب بعيب من عيوب الرضا المتقدم شرحه. وهذا التقسيم أصبح متجاوزا من طرف فقهاء القانون المعاصرين، وحثتهم في ذلك أن الانعدام والبطلان المطلق يشكلان

(2) نظرية الالتزام لسمير السيد ص : 88، والكزري في نظرية الالتزام ج 1، ص : 197.

(3) الكزري في المصدر السابق 198.

(4) الدكتور سمير ص : 88.

حالة واحدة، فالباطل بطلانا مطلقا هو معدوم، لأن الشارع اعتبره كأن لم يكن، وألزم إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانت قائمة قبل إبرام هذا العقد. لذا فلان يمكن أن تكون في العدم درجات في التفاوت (5).

ومما يؤيد في نظرنا هذا الادعاء هو أنه حتى في حالة مواجهة بعض الآثار الناتجة عن هذا العقد لم يستطع أي تشريع، أن يميز بين آثار الباطل بطلانا مطلقا، وبين المعدوم بقبي إذا والحالة هذه التقسيم الثنائي أقرب إلى المنطق والصواب من تقسيم النظرية التقليدية الثلاثية «والخلاصة أن البطلان المطلق هو الجزء على تخلف ركن من أركان العقد، أو تخلف شرط من شروط أحد هذه الأركان، أما البطلان النسبي فهو الجزء على وجود عيب في الإرادة، أو نقص الأهلية» (6) (7) (8) (9).

أما الفرق بين العقد الباطل بطلانا مطلقا، والباطل بطلانا نسبيا — القابل للبطلان — فهو : أن العقد الباطل بطلانا مطلقا، لا ينتج أي أثر ولا يمكن تصحيحه وعلى القاضي أن يحكم ببطلانه من تلقاء نفسه ودونما حاجة إلى طلب إبطاله من أحد أطراف العقد.

أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فهو عقد قائم منتج لآثاره حتى يتقرر إبطاله، أو يصبح صحيحا إذا أجازه الطرف الذي له حق طلب إبطاله، كما أن القاضي لا يحق له أن يحكم بإبطاله إلا بناء على طلب من له حق طلب هذا الإبطال (10).

## البطلان

في نظرة عامة يمكننا أن ندرك بأن القانون المغربي ميز بين البطلان والابطال، ولم يميز بين المعدوم والباطل، ذلك من خلال تتبعنا للمواد التي خصصها لهذا الموضوع والممتدة من الفصل 306 إلى 310.

بناء على ذلك، وتوضيحا لمعالم كل جوانب الموضوع يمكن تقسيم هذا الفرع إلى المباحث الثلاثة التالية :

(5) نفسه.

(6) نفسه.

(7) انظر الكزبري المصدر السابق.

(8) الدكتور شكري السباعي بحث لنيل دكتوراه في البطلان والابطال ص : 51 وما بعدها.

(9) نظرية الالتزام للسنيوري 12 ص : 486 — 539.

(10) يرى الدكتور الكزبري أن القضاء في المغرب قد تأثر في بعض الأحيان بفكرة التمييز بين العقد النعدي والعقد الباطل وذلك حسب حكم لأحدى المحاكم أشار إليه في نظرية الالتزام المتقدم ذكرها ص : 199.

المبحث الأول : حالات البطلان  
المبحث الثاني : خصائص البطلان  
المبحث الثالث : آثار البطلان

المبحث الأول : حالات البطلان

من الرجوع إلى نص التشريع المغربي في المادة 306 يتبين أن العقد يكون باطلا بحكم القانون في حالتين هما :

أ — إذا تخلف أحد الأركان اللازمة لانعقاده (نص المادة 308)، ولكن يمكن في هذه الحالة قيام ما يسمى بانتقاص العقد بحذف الجزء الباطل وبقاء العقد على الصحيح منه، وقد مثل الفصل 1114 لهذه الحالة مشيرا إلى أن الصلح إذا كان يشكل وحدة متماسكة بين أجزاء العقد وبطل بعضها أبطل العقد كله، أما إذا أمكن حصر البطلان في جزء منه فإنه يبطل ويبقى على صحة الباقي.

ب — اذا نص القانون على بطلانه في حالة أو حالة خاصة :  
ولكون المبادئ العامة لمختلف القوانين العربية واللاتينية تتقارب أحكامها في موضوع بطلان العقود، وإبطالها ورغبة في الاختصار فسنعصر جل تحليلاتنا لأحكام البطلان والابطال في المبادئ التي انحاز إليها المشرع المغربي حتى نتمكن من المقارنة المطلوبة مع أحكام الفقه الاسلامي.

البطلان لتخلف ركن من أركان العقد

أ — كما تقدم فإن العقد يكون باطلا إذا تخلف ركن من أركان العقد، وتلك الأركان كما مر هي : التراضي، والأهلية، والمحل، والسبب، يضاف إليها ركن الشكلية في العقود التي تركها القانون خاضعة لضرورة توفر تلك الشكلية.

ولهذا فاذا اتفق البائع والمشتري على أن يشمل التراضي بعض العناصر الأساسية في العقد، ويترك عناصر أخرى أساسية فيه اعتبر هذا العقد باطلا لتخلف ركن أو جزء مهم من أركان انعقاده، وكذلك اذا اتفقا معا على أن يشمل التراضي بعض عناصر العقد، ويترك عناصر أخرى منه لتكون محل اتفاق قادم اعتبر أيضا هذا الاتفاق باطلا لأنه لم ينتج شيئا مفيدا، واعتبر التعاقد الناجم عنه باطلا.

ب - وإذا عقد الصبي غير المميز تصرفا كنا أمام عقد فقد ركننا من أركان انعقاده ألا هو ركن الأهلية، وبالتالي يكون العقد الناجم عن هذا التصرف باطلا.

ج - وإذا تم العقد على محل محظور من حيث إرادة المشرع وأحكامه ولا يجوز التعامل به مثل المخدرات أو الفائدة بين المسلمين، أو التعاقد على خمر بين مسلمين أيضا، أو كان المحل يستحيل تحقيقه، فإن العقد في كل هاته الحالات يكون باطلا لتخلف ركن المحل.

د - إذا كان التعاقد ليس له محل يحمل عليه كأن يتعهد إنسان تجاه آخر بتنفيذ ثم يتبين بعد ذلك أن سبب الالتزام غير موجود كمن يتعهد بتسليم سيارة للبائع ثم يتبين أن السيارة قد احترقت قبل البيع، وكذلك من يتعهد بتنفيذ وصية ثم يتبين أن الموصي تراجع في وصيته أثناء حياته فهو باطل.

هـ - وتختلف ركن الشكلية أيضا هو من بين الحالات التي تسبب البطلان، إذا تحقق كمن يبيع عقارا في رسم عادي، ودون اللجوء إلى ضوابط التسجيل المحددة في القوانين العقارية مثل ظهور 19 رجب 1333 بالمغرب وكما نص عليه الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

وبالإضافة إلى هذه الحالات توجد حالات أخرى نص عليها القانون فقد يستجمع العقد كل أركان وشروط الصحة ولكن نظرا لأن القانون لم يبيحه فيصبح عندها باطلا مثال ذلك :

ينص القانون على أن التعامل في تركة إنسان لا زال على قيد الحياة غير جائز (الفصل 61) وكما لا يجوز التعامل فيها فلا يجوز أيضا التنازل عنها، وهكذا لو تحقق تصرف ما على إحدى تلك الحالات في تركة إنسان حي اعتبر هذا التصرف باطلا بحكم نص القانون (11).

كما ينص القانون على عدم جواز اشتراط الفائدة بين المسلمين (الفصل 1131)، وكذلك إذا قرر عقد الشركة عدم تناسب الربح أو الخسارة لأحد أعضائها مع ما دفع أو التزم به في الشركة اعتبر ذلك باطلا لأنه حمله خسارة تفوق نصيبه في رأس المال (الفصل 1034)، وكذلك لو أعطاه ربحا لا يناسب عمله.

والأمثلة كثيرة على الحالات التي نص فيها المشرع على أن بطلان جزء من العقد

(11) البطلان بحكم نص القانون لا يمكن حصره لأنه قابل للتنوع حسب إرادة المشرع وفي أي ظرف أراد.

يبطل العقد كله، وكذلك تلك التي يمكن فيها أن يسري عليه ما يسمى بالانتقاص وهو حصر البطلان في الشق الباطل وتصحيح العقد في الباقي دونه.

و - وإلى جانب الحالات السابقة تدخل المشرع أيضا في حالات أخرى موضحا بعض الأحكام التي تطبق في شأنها، إن حدثت فمن ذلك :  
إذا قرر المشتركون إعفاء أحدهم من المساهمة في الخسارة، فإن هذا الشرط يكون باطلا ويبقى عقد الشركة صحيحا (الفصل 1035).

وكذلك إذا اشترط المرتهن أنه سيتصرف في المرهون بعد حلول الأجل دون وفاء الرهن بما في ذمته، ودون اتباع مسطرة بيع المرهون، فإن هذا الشرط يكون باطلا ويبقى عقد الرهن صحيحا ولا يحق للمرتهن التصرف في المرهون إلا وفق المسطرة المعدة لهذا التصرف حسب نص الفصل 1226 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

### المبحث الثاني : خصائص البطلان :

تجسم هذه الخصائص بعض المبادئ والحالات التي تميز أحكام البطلان، وإذا كان بعضها يختلط ببعض الحالات السابقة، فإن دراستها بصفة مستقلة، من شأنها أن تزيل كل اشكالية يمكن أن تشاهدها استقبالا بين البطلان والإبطال من جهة. ومن جهة ثانية، توضح جوانب الموقف التشريعي والقضائي لكل حالة من حالات البطلان وهي :

1) الخاصية الأولى : بطلان جزء من العقد يبطل العقد كله، إلا إذا كان العقد قابلا للبقاء بدون الجزء الذي ناله البطلان وعلى هذا نصت المادة 308 من قانون الالتزامات والعقود المغربي بقولها : (بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعه، إلا إذا أمكن لهذا الالتزام أن يبقى قائما دون الجزء الذي لحقه البطلان وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى الالتزام قائما باعتباره عقدا متميزا على العقد الأصلي).

وقد مثل المشرع لهذه الصورة الأخيرة بعقد الصلح إذ قال في المادة 1114 أن الصلح إذا شكلت أجزاؤه وحدة متماسكة واعتري البطلان جزءا منها فبطلان هذا الجزء الأول يؤول إلى بطلان الصلح كله (12).

12) نظرية الالتزام للكزبري ج 1/ ص : 206. لقد اعتمدت على أقوال أستاذنا الدكتور مامون الكزبري، لأنه أهم بدراسة الالتزام في القانون المغربي، ولكنه أهم شارح لهذا القانون الآن وكذلك الدكتور شكري الذي أعد بحث دكتوراه الدولة في هذا الموضوع.

ويمكن أن نرى في حالات محصورة، أن العقد يكون صحيحا ولكن جزء منه باطل ثم يقرر المشرع بطلان العقد برمته كما في عقد اشترطت فيه الفائدة بين المسلمين فقد نص الفصل 870 على بطلانه برمته كما أنه في حالات أخرى نجد المشرع حصر البطلان في الجزء الباطل من العقد وترك العقد قائما في الأجزاء الصحيحة. مثال ذلك : أن يعمد الشركاء تحت تأثير ما إلى إعفاء أحدهم من الخسارة، فإن المشرع في هذه الحالة قرر بطلان هذا الشرط وبقاء الشركة قائمة بدون أن يتعرض عقدها للبطلان العقود بسبب بطلان جزء منه (الفصل 1035 في قانون الالتزامات المغربي) وبقية الأمثلة كثيرة سواء فيما يرجع استبدال العقد بعقد آخر أي انتقاض العقد، أو ببطلان الالتزام بسبب بطلان جزء منه إذا لم يكن قادرا على البقاء دونه.

(2) الخاصية الثانية : بطلان الالتزام الأصلي يبطل الالتزام التبعية ولا عكس قال الفصل 307 : «بطلان الالتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الالتزامات التبعية وإن بطلان الالتزام التبعية لا يترتب عليه بطلان الالتزام الأصلي».

وتقع هذه الحالات مثلا في الالتزامات التي ينشأ عنها وجود رهن، أو كفالة، فإن بطلان الالتزام الأصلي يتبعه الرهن، والكفالة، ان وجد أحدهما، بينما بطلان أحدهما لا يؤثر في الالتزام الأصلي<sup>(13)</sup>.

(3) الخاصية الثالثة : العقد الباطل لا يقبل التصديق والاجازة، فالاجازة تصرف من جانب واحد يجعل العقد القابل للإبطال صحيحا، لأن بطلانه نسب لتعلقه بحالات يمكن تصحيحها بينما الباطل بطلانا مطلقا يعتبر في عداد المعلوم، والمعلوم لا يمكن تصحيحه، ولذلك فلا يمكن أن تلحقه الاجازة لأنه من غير الممكن تصور اجازة المعلوم. وأيضا فإن البطلان من متعلقات النظام العام فلا يمكن أن تلحقه الاجازة، التي هي تصرف يقع من أحد طرفي العقد، ولا التصديق الذي هو تصرف يقع من أجنبي على التعاقد يضيف به التزام أحد المتعاقدين إلى نفسه.

إلا أنه في حالة توفر شروط، وأركان انعقاد آخر من آثار هذا التصرف وجب الأخذ بها تحت مفهوم عقد آخر غير العقد الباطل. قال الفصل 310 (إجازة الالتزام الباطل بقوة القانون أو التصديق عليه لا يكون لهما أدنى أثر).

(4) الخاصية الرابعة : البطلان لا يصححه التقادم، لأن الزمن ليس من شأنه

(13) مامون الكزبري في تحليل الفصول 1150 و 1233 1147 في كتاب نظرية الالتزام المتقدم ذكره ج 1 / ص : 208.

تصحيح الأوضاع الفاسدة، أو تمكين الناس من حقوق يمنعهم القانون والشرع إياها لتعلقها بشيء غير موجود. ومع هذا، فإن طريقة زوال الحقوق التي نشبت عن وضع يعتبر معدوما في نظر التشريع، ولكنه كواقع وجد، فيمكن لتلك الطريقة، التي هي الدعوى، أن تتقادم لأن المنازعات إذا لم يجعل حد لممارستها عبر مدة محدودة، أصبحت المحاكم مليئة بدعاوى ربما تتعلق بقرون خلت، مما يعرض استقرار المعاملات للخطر الدائم.

فإذا وقع عقد باطل ومضت مدة التقادم على رفع الدعوى، فإن القاضي لا يحكم بصحة الباطل ولكنه يحكم بسقوط دعوى الباطل لتقادمها.

وإذا كانت بعض القوانين اتبعت المشرع الفرنسي في عدم التنصيص على المدة التي تعتبر حدا أعلى لتقادم دعوى البطلان، فإن الفقهاء يميلون إلى اعتبار دعوى البطلان تتقادم في كل الحالات بالمدة القصوى، التي عادة تنص عليها التشريعات. فمثلا في فرنسا ثلاثين سنة حسب نص المادة 2262 وفي المغرب خمسة عشرة سنة (الفصل 387) بينما المشرع المصري قرر تأسيسا بالفقه والاجتهاد الفرنسيين أن دعوى البطلان تتقادم بمضي خمس عشرة سنة المادة 141 ونصها: «وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد» (14).

ولكن تبغي الإشارة إلى التفريق بين دعوى البطلان والدفع بالبطلان، إذ الإجراء الأول وحده هو الذي يتقادم أما الثاني فلا ينال منه التقادم. فإذا ما أجريت تصرفا مع أحد وتبين لي فيما بعد أنه باطل أمكنني الدفع بعدم شرعية هذا التصرف في أي وقت (فسقوط دعوى البطلان بالتقادم لا يعني أن العقد أصبح موجودا بل لا زال العقد باطلا ويظهر ذلك في أن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم أبدا) (15) (16).

5) الخاصية الخامسة : الباطل لا يحتاج إلى إبطال ما دام العقد الباطل معتبرا في عداد العدم فلا يحتاج إلى طلب إبطاله، لأنه باطل من الأساس، ولا يتوقف على تقرير بطلانه فالقانون قرر بطلان هذا العقد، ولم يوقف ذلك البطلان على طلب تقرير هذا البطلان من طرف القضاء بواسطة تطبيق أحكام القانون.

وتظهر جدوى هذه الصورة في أن الشخص إذا كان طرفا في عقد باطل يمكنه أن

14) نظرية الالتزام لسير السيد ص : 94.

15) نفسه وفيه تحليل أحكام التقادم من طرف المشرع المصري حسب نص الفصل 141 وكذلك المادة 142 من القانون السوري.

16) الدكتور شكري أحمد السباعي نظرية بطلان العقود وإبطالها صفحة 365.



يتصرف في متاعه محل العقد الباطل بصفته لم يخرج عن ملكه رغم البيع الحاصل بواسطة العقد الباطل، وحتى اذا رفع أحد الأطراف دعوى بطلب تسليم المحل أمكن للطرف الآخر الاحتجاج ببطلان العقد، وامتنع عن التسليم. كما يمكن للقاضي عندما تكون أمامه دعوى تتعلق بجانب يهم عقدا باطلا، بأن يقرر بطلان العقد من نفسه حتى ولو لم يطلب ذلك صاحب المصلحة في البطلان كما يمكن لمن له مصلحة في البطلان، أن يبادر برفع الدعوى بالبطلان.

(6) الخاصية السادسة : لكل ذي مصلحة في البطلان أن يتمسك ببطلان العقد وللمحكمة أن تتمسك به من تلقاء نفسها، فما دام سبب بطلان العقد راجعا إلى كون هذا العقد أتى مخالفا لقواعد النظام العام، فيكون والحالة هذه الحكم ببطلانه أتى استجابة لمصلحة عامة، وليس استجابة لمصلحة خاصة، لذا فلكل ذي مصلحة أن يثير طلب بطلان العقد أمام المحكمة كما لهذه الأخيرة أن تثيره من تلقاء نفسها، ويشمل هذا الحكم أطراف التعاقد والخلف العام والخاص، والدائنين، وعلى القاضي اذا رفعت إليه دعوى تتعلق بعقد باطل أن يثير هذا البطلان من تلقاء نفسه حتى ولو لم تكن الدعوى تتعلق بهذا البطلان.

قال الدكتور الكزبري «بأن هذه الخاصية السادسة لم يرد بها نص ولكنها من مقتضيات المبادئ العامة (17). وقال الدكتور شكري بأن المشرع المغربي لم يحدد الاطراف الذين يحق لهم أن يتمسكوا بالبطلان (18).

### المبحث الثالث : آثار البطلان :

لو ألقينا نظرة عامة لوجدنا أن العقد الباطل ليس له وجود قانوني، ولكن يوجد بصفته واقعة قانونية، فبصفته غير موجود قانونيا فلا يمكن حسب تعبير الفصل 306 من قانون الالتزامات والعقود المغربي أن يترتب عليه أي أثر قانوني، وبصفته واقعة، تنتج عنه في بعض الحالات آثار تفرض نفسها على القانون مراعاة لبعض مقتضيات العدالة العامة، ومن خلال محاولة الربط بين هاتين الحالتين اللتين تبدوان في حكم المتناقضات يمكن أن ينظر الموضوع من خلال الزوايا التالية :

(1) آثار العقد الباطل بين المتعاقدين.

(2) آثار العقد الباطل بالنسبة للغير.

(17) نظرية الالتزام للدكتور الكزبري ج 1/ ص : 214.

(18) نظرية بطلان العقود وإبطالها في قانون الالتزامات والعقود المغربي تأليف الدكتور شكري السباعي صفحة 335.

### (3) الحالات الاستثنائية التي تشابه فيها آثار العقد الباطل آثار العقد الصحيح.

1 — بالنسبة لآثار العقد الباطل بين المتعاقدين فإنها لا تخرج عن حكم مدلول ما سبق من أن الباطل في حكم المعلوم. وما دام كذلك فلا يمكن أن تكون له آثار بمعنى أنه لا يخول حقاً لأي من أطرافه يمكن لأحدهم اجبار الطرف الآخر على احترامه، إذ قبل تنفيذ العقد، لا يحق لأحدهما المطالبة بالتنفيذ بصفة جبرية، وبعد التنفيذ يجب إرجاعهما إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وإذا أصبح من المستحيل إعادتهما إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد كان على المحكمة أن تحكم بالتعويض لمن لحقه منهما الضرر بسبب الباطل (19) الذي استحال التخلص من كل آثاره. على أن مبدأ إرجاع المتعاقدين إلى حالتها قبل العقد الباطل، أو التعويض الذي ينشأ من الضرر إن تعذر إرجاعهما إلى تلك الحالة ورد عليه استثناء في المادة 6 من قانون الالتزامات والعقود، إذا تشير إلى أن بطلان العقد لفقد الأهلية لا يمكن أن يطلب بواسطته من فاقد الأهلية أي تعويض إلا في حدود ما عاد عليه من نفع (20).

2 — انعدام أثر العقد الباطل بالنسبة للغير، مادام الشخص لا يعطي أكثر مما يملك، فإنه يكون من المسلم به في المبادئ العامة، أن لا ينقل هذا الشخص لغيره حقوقاً بواسطة عقد باطل ثم يمنح لهذا الغير مناعة في الحقوق أكثر من تلك التي كانت لدى من نقل إليه هذا الحق لأن هذا الحق لم يدخل ذمته فلا يستطيع نقله إلى الغير.

الا أنه أيضاً ولما سلف في آثار الانعدام بين طرفي العقد، فإن حالات استثنائية كذلك تم رصدتها عند الجميع في هاته الحالة أيضاً وهي :

أ — لو طبقت حالة عدم وجود العقد الباطل على عقد الزواج الباطل، لأصبح ما ينتج عنه من أثر غير موجود أيضاً، وبذلك يكون ما ينتج عنه من أثر لاغياً، وعلى هذا الأساس يمكن اعتبار الزوجين كانا في حالة سفاح وتجب معاقبتهم ولهذا اعتبر المشرع أن دخول الزوج بالزوجة بواسطة عقد باطل دخول شرعي تستحق منه المهر، والاستبراء، وثبوت النسب ان نتج عنه ولد حسبما نص عليه الفصل 37 من مدونة

(19) الدكتور شكري السباعي في كتاب بطلان العقود وإبطالها صفحة 347. الكتاب لنيل دكتوراه الدولة بجامعة محمد الخامس سنة 1968. وهذا التعويض حسب نص المرجع المذكور يلجأ إليه عند استحالة إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد الباطل، ومثل لذلك بعقد العمل.

(20) انظر الكزبري في نظرية الالتزام ج 1/ ص : 216 فقد فسر بجلاء الحالات التي يكون فيها نفع.

الأحوال الشخصية. كما رتب عليه المدونة حتى حقوق التوارث قبل الفسخ في الفقرة الثانية من نفس الفصل.

ب — أما الاستثناء الثاني فهو ما يسمى بتحول التصرف (21) فعندما يتم بطلان التصرف، ولكن يوجد أنه يحمل شروط عقد آخر صحيح، لجأنا إلى تفسير إرادة المتعاقدين معتبرين أنها اتجهت إلى تكوين هذا التصرف الصحيح واعتبرناه هو العقد، الذي وقع عليه تراضي الطرفين، وهذا هو المعروف اليوم بتحول التصرف وهو الذي نصت عليه المادة 309 من قانون الالتزامات والعقود المغربية بقولها : (إذا بطل الالتزام باعتبار ذاته، وكان به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الآخر).

ويرى الدكتور الكزبري أنه من أبرز الأمثلة على تحول التصرف الحالات التالية (22) :

1) البيع الذي ليس فيه مقابل للشيء المبيع هو باطل لعدم توافر محل الالتزام، ولكن إذا كان يحمل عناصر الهبة اعتبر عقد هبة، وليس عقد بيع.

2) تصرف الموصي بالعين الموصى بها يعتبر تراجعا في عقد الوصية.

3) بطلان السند التجاري لفقده أحد العناصر المميزة لهذا السند يفقده أهمية القانونية، ويحوله إلى سند عادي يخول الإثبات فقط، وقد طبق القضاء المغربي هاته الحالة حتى على الشيك، الذي يفقد إحدى صفاته الأساسية فجرده من قيمته كشيك، فحوله إلى الإثبات فقط (23).

ج) حالة اكتساب الغير حسن النية : إذا اكتسب الغير حسن النية حقا عينيا على المنقول، أو العقار المحفظ الذي هو محل العقد الباطل، فمن القواعد المسلم بها يقول الكزبري (أن المشرع المغربي اعتبر حيابة المنقول تعتبر سنداً للملكية) (24).

وعلى هذا الأساس نص المشرع المغربي في الفصل 1987 من قانون الالتزامات والعقود على أن الدائن الذي يتسلم بحسن نية، على سبيل الرهن الحيازي شيئا منقولا ممن لا يملكه، يكسب حق الرهن.

وكذلك من اكتسب حقا عينيا على عقار بناء على ضوابط السجل العقاري، ثم

(21) أرى أن هذه الحالة يمكن أن تكون علاجاً وليس استثناء.

(22) نفسه وكذلك السباعي صفحة 435.

(23) قرار للمجلس الأعلى رقم 45 بتاريخ 14 نونبر 1960.

(24) الكزبري المرجع السابق ص : 220.

بطلت تلك الضوابط، فإن بطلانها لا يؤثر في هذا الحق المكتسب بناء على تلك القيود ومع حسن النية الفقرة الثانية من الفصل 9 من ظهير 9 رمضان 1331 المخصص للتحفيظ العقاري، اذ قالت بنص الحرف (إبطال التسجيل لا يمكن في حال من الأحوال أن يتمسك به إزاء الغير حسن النية).

## الإبطال :

العقد القابل للإبطال (هو العقد الذي اكتمل وجوده وتوافرت أركانه، ولكن فقد شرطاً من شروط الصحة) (25).

وقد سبق أن بينا أن شروط الصحة هي : 1 — نقصان الأهلية، وسلامة الرضى من عيب من العيوب المتقدم ذكرها فإذا اتصل بالعقد عيب من هذين العيبين اختل شرط من شروط صحته، وبالتالي أصبح قابلاً للإبطال، وهذه الحالة تخالف البطلان في كون هاته الأخيرة التي هي قابلية الإبطال لا مساس لها بالصالح العام، وإنما فقط أوجدها التشريع لحماية أحد أطراف التعاقد، تاركاً له الحرية في التمسك بها، أو عدم التمسك بطلبها.

لقد خصص المشرع المغربي للإبطال بحثاً مستفيضاً امتد من الفصل 311 إلى 318 إذ بين حالاته، وأوضح أحكامه، وعلى هذا الأساس فستتبع نفس التصميم الذي سلكناه في البطلان فندرس حالات الإبطال، وخصائصه، وأثاره (26) ولذلك سنقسم هذا الفرع إلى مبحثين : المبحث الأول : (حالات الإبطال)، المبحث الثاني : (خصائص الإبطال).

## المبحث الأول : حالات الإبطال

من الرجوع إلى نص الفصل 311 يتبين أن المشرع المغربي شأنه في ذلك شأن كثير من التشريعات العربية، وغيرها تكفل بتوضيح الحالات التي يصبح فيها العقد قابلاً للإبطال، اذ قال الفصل المذكور : يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات

(25) زهدي يكن في شرح قانون الموجبات اللبناني 42/ ص : 164.

(26) لقد اعتمدت نفس الطريق التي التزمها أستاذنا الكزبري في كثير من مواضيع شرحه لقانون الالتزامات والعقود المغربي وبالأخص في الإبطال انظر ج 1، ص : 221 وعليه فهو المصدر الأول وبالنسبة لفرع الإبطال في القانون المغربي في بحثنا هذا. كما اعتمدت على كتاب الدكتور شكري السباعي الذي أعد بحثه حول دكتوراه الدولة في نظرية البطلان والإبطال في قانون الالتزامات والعقود المغربي.

المنصوص عليها في الفصول (4 و 39 و 85 و 56) وأضاف نفس الفصل 311 قائلا : وفي الحالات الأخرى التي يحددها القانون.

وبالرجوع إلى تلك الفصول نرى أنها تمكنا من حصر حالات الإبطال فيما يلي :

أ — حالة نقصان الأهلية المنصوص عليها في الفصل — 4 —

ب — حالة وجود عيب من عيوب الرضا المنصوص عليها في الفصل 39.

ج — الحالات التي يحددها القانون وذلك يفهم من نص الفصل 56.

ولزيد من الإيضاح سنحاول تحليل كل حالة على حدة مع ما أمكن من الاختصار.

أ — حالة نقصان الأهلية :

لقد نص المشرع المغربي على امكانية ابطال العقد بسبب نقصان الأهلية في الفصل 4 من قانون الالتزامات اذ قال : (إذا تعاقد القاصر، أو ناقص الأهلية بغير اذن الأب أو الوصي، أو المقدم، فانهما لا يلزمان بالتعهدات، التي يبرمانها، ولهما أن يطلبوا إبطالها وفقا للشروط.....). فهذا الفصل يتعلق بحالتين :

1) حالة الصبي المميز، وقد مر معنا أن الصغير غير المميز يعتبر تعاقدته باطلا بينما هنا رأينا الصغير المميز تعاقدته قابل للإبطال فقط.

2) أما الحالة الثانية فهي حالة المحجور عليه لفسه، أو جنون ولقد كان النص واضحا هنا بقوله (ويمكنهما المطالبة بإبطالها) يعني تلك التصرفات، التي صدرت من واحد من الاصناف الثلاثة وفق الشروط التي أهمها عدم موافقة الولي أو الوصي أو المقدم فان هذا التصرف يكون مشوبا بعيب ويصبح اعتبارا لذلك قابلا للإبطال. وفي شوائب الإرادة التي مر ذكرها كفاية لتعريف الرضى المعيب فهي تكون بواسطة الاكراه حسب نص الفصل 39.

وأیضا تكون بالغبن حسب نص الفصل 55 والناج عن تدليس، ووفق الشروط والمسطرة المبينة في معرض حديثنا السابق عن الغبن (27).

كما يكون كذلك وبمقتضى نص الفصل 56 العقد قابلا للإبطال اذا أبرمه ناقص الأهلية، ولحقه غبن أو ضرر من هذا التعاقد، وفي حالات أخرى يعتمد المشرع

(27) كتاب البطلان والإبطال للدكتور شكري السباعي ص : 227.

إبطال حالات من التصرف كما وقع عليه النص في الفصل 54 اذ اعتبر أن من أسباب الإبطال حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة لها، أي ما أصبح يعرف اليوم بنظرية الغبن الاستغلالي وكذلك حالة بيع ملك الغير التي يعبر عنها عادة في الفقه الإسلامي ببيع الفضولي، وهي التي نص عليها الفصل 485 من قانون الالتزامات والعقود المغربي بقوله : (بيع ملك الغير يقع صحيحا).

#### 1 — اذا أقره المالك.

#### 2 — اذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء.

واذا رفض المالك الاقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع، وزيادة على ذلك يلتزم البائع بالتعويض، اذا كان المشتري يجهل، عند البيع أن الشيء مملوك للغير ولا يجوز اطلاقا للبائع أن يتمسك بإبطال البيع بحجة أن المبيع مملوك للغير).

ومنها وفي حالة المحجور عليهم حق دائني المعسر طلب إبطال القسمة، التي يطلبها الدائنون اذا كانت تمس أحوال مدينهم المعسر، ودون حضور أولئك المدينين وهذا بحكم الفصل 1085 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

هاتان هما الحالتان اللتان وقع عليهما نص الفصل 4 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، وكما رأينا فهي حالات تخول طلب الإبطال حسب شروط تهم كل حالة على حدة. إضافة إلى بقية الحالات الأخرى التي يترتب على كل واحد منها الإبطال.

وكما سيأتي قريبا بحول الله، فانها تتفق تمام الاتفاق مع أحكام الشريعة الإسلامية، بل لابد أنها أتت متأثرة بأحكامها، واذا كان من بينها بحث الأهلية الذي يتطلب إسهابا في أحكامه فأنني تحاشيته لأن الأحوال الشخصية أخذت كلها من أحكام الفقه الإسلامي وترجع إلى المشهور المالكي.

### المبحث الثاني : خصائص البطلان والإبطال.

سبق أن عرفنا أن العقد الباطل يبني تصوره على أنه معدوم وغير منتج لأي أثر في حالات استثنائية بينت في محلها بما فيه الكفاية، بينما نجد العقد القابل للإبطال بعكس ذلك تماما فهو عقد قائم، وتترتب عليه جميع الآثار التي يمكن أن تترتب على أي عقد صحيح، ولكنه معرض للإبطال، واذا لحقه هذا الإبطال اتحد مع العقد الباطل في جميع الصفات، لذلك والحالة هاته، لابد من أن تختلف خصائص

الإبطال عن البطلان، كما يمكن اشتراكهما في خصائص أخرى (28) وهذا ما سنرى بالفعل.

### خصائص يمكن توفرها في البطلان والإبطال على حد سواء

**الخاصية الأولى :** قد يحدث أن يشتري شخص بضاعة من بائع، ثم يشتري معها بضاعة أخرى، ولكن بعد تمام الصفقة يتبين أن العقد بالنسبة لأحد الشيعين باطل فبإمكان المتعاقدين حصر البطلان أو الإبطال في الشق الذي ناله العيب والبقاء على العقد الصحيح في الشق الآخر، وهي الحالة المعروفة ببطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام كله ما لم يكن قابلا للبقاء دون هذا الجزء. وهذه حالة يستوي فيها البطلان والإبطال، ففي كل واحد منهما يمكن البقاء على العقد في الحدود التي لم تتعرض للعيب (29).

**الخاصية الثانية :** نص الفصل 1233 على أن بطلان الالتزام الأصلي يبطل الالتزام التبعي وذلك بقوله : (بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الرهن. فالأسباب التي توجب إبطال الالتزام الأصلي، أو انقضائه توجب إبطال الرهن أو انقضائه.

فمن هذا الفصل نجد أن البطلان والإبطال يتحدان في خاصية كون إبطال أو بطلان الالتزام الأصلي يستوجب إبطال أو بطلان الالتزام التبعي فإذا حكم بإبطال عقد بسبب من أسباب عيوب الإرادة، التي ينشأ عنها الإبطال سرى هذا الحكم على الالتزام التبعي فأصبح هو أيضا باطلا (30).

### الخصائص التي تهم الإبطال دون البطلان

**أولا :** العقد الباطل تصححه الاجازة أو الاقرار، فالاجازة هي الرضى إذ يرضى أحد أطراف العقد بשרيان هذا العقد الذي كان معرضا للإبطال، بينما الاقرار هو أن يكون شخص ثالث له حق في طلب إبطال عقد قابل لهذا الإبطال، ثم يتنازل عن طلب الإبطال ويقر العقد فيصبح العقد صحيحا بناء على هذا الاقرار، وقد سبق أن بينا أن العقد الباطل لا يقبل الاجازة ولا الاقرار.

(28) انظر مامون الكزبري في نظرية الالتزام السالف ذكرها ج 1/ ص : 224.

(29) الكزبري في المرجع نفسه مع عدم التقيد بألفاظه.

(30) شكري النسباني في بحثه ببطلان العقود وإبطالها ابتداء من صفحة 231 إلى نهاية دراسة الأسباب.

ولهذين المبدأين شروط لابد من توافرها حتى تكون الإجازة أو الإقرار على حالة تسمح بصحة العقد وهي :

أ — يجب أن تتضمن الاجازة أو الاقرار بيان جوهر الالتزام القابل للإبطال.

ب — يجب أن تتضمن الاجازة، أو الاقرار اشارة واضحة إلى سبب قابلية العقد للإبطال.

ج — يجب أن يصرح في الاجازة أو الاقرار بالرغبة في اصلاح العيب، الذي كان من شأنه أن يؤدي إلى الإبطال.

د — اذا أجاز أو أقر العقد القابل للإبطال صراحة بالنص أو ضمنا بالشروع في التنفيذ فإنه حينئذ يلتحق بالعقد الصحيح من مختلف الأوجه (31).

ثانيا : مر معنا أن البطلان لا يصححه التقادم لأن العقد الباطل معدوم، والزمن ليس بمستطاعه أن يجعل من العدم موجودا ولكن دعوى البطلان تتقدم، أما الآن وفي معرض الإبطال، فإن البطلان نفسه يصححه التقادم، فاذا شاب الإرادة عيب من عيوبها كنقص الأهلية، أو غلط، أو إكراه أو غبن أو تدليس، فإن مدة محددة هي التي يمكن للمعني خلالها أن يرفع دعواه، والا أصبح هذا العقد نفسه صحيحا، وهذه المدة أيضا هي من مدد التقادم القصير بحكم نص الفصل 311 فهي لا تتعدى سنة، إذا تراخى من له الحق في طلب الإبطال من طلبه أثناءه بطل حقه وصح العقد الذي كان قابلا للإبطال (32).

ثالثا : بخلاف البطلان فإن العقد القابل للإبطال لابد فيه من القضاء بحيث لابد لمن يهيمه أمر ابطاله من أن يتقدم بطلب هذا الإبطال إلى القضاء، كما لابد له من إثبات سبب الإبطال، وأيضا فالحكم هنا منشيء لا كاشف بعكس ما كان في البطلان الذي يعتبر الحكم فيه معلنا فقط.

رابعا : في الإبطال لا يستطيع غير المتعاقدين أن يتقدم بطلب الإبطال ولا يجوز للمحكمة أن تثير من تلقاء نفسها لأن الإبطال مقرر لمصلحة أحد المتعاقدين ولكون الانسان أدرى بمصلحة نفسه، فليس لأحد غيره، أن يقوم مقامه في طلب الإبطال من غير تفويض أو وكالة من المتضرر نفسه، أو إذا كان الإبطال لفائدة

31 مامون الكزبري في المرجع السابق ص : 130.

32 شكري السباعي من 225 حتى نهاية الأسباب في صفحة 240.



ناقص الأهلية فله ولوصيه أو نائبه أن يقوم بطلب الإبطال. وبما أن الإبطال لا يتعلق بالنظام العام فليس للمحكمة أن تثير الإبطال من تلقاء نفسها.

وينبغي التذكير أن حق المطالبة هذا ينتقل للورثة بنفس الحالات، والشروط المقررة لموروثهم، وكذلك الخلف العام وقد شدد الفصل 313 على أن هذا الانتقال يكون فقط في حدود المدة المتبقية من التقادم لموروثهم، وبنفس الشروط التي كانت لديه.

### آثار الإبطال :

عندما يحكم بالإبطال تنتقل في أكثر الحالات، من عقد كان بالإمكان أن يكون صحيحا إلى عقد أصبح باطلا، وينبغي أن تترتب عليه جميع حالات مخلفات العقد الباطل. ولم يترك المشرع المغربي آثار الإبطال للمبادئ العامة، ولا لاجتهاد القضاء بل نص عليها في الفصل 316 بقوله :

(يترتب على أبطال الالتزام وجوب إعادة المتعاقدين إلى العقد نفسه ومثل الحالة التي كانا عليها وقت نشأته، والالتزام كل منهما بأن يرد للآخر كل ما أخذ منه بمقتضى أو نتيجة العقد الذي تقرر إبطاله، وتطبق بشأن الحقوق المكتسبة على وجه صحيح للغير حسن النية الخاصة المقررة لمختلف العقود المسماة).

ينسحب الإبطال بأثر رجعي إلى الوقت الذي نشأ فيه العقد، وفي حالات استثنائية تترتب على العقد المبطل بعض الآثار، منها اكتساب الغير حسن النية حقا عينيا على المنقول، أو العقار المحفوظ، الذي وقع عليه عقد قابل للإبطال. وهذه الآثار ينبغي الرجوع في شأنها إلا الآثار التي درست في آثار البطلان (33).

### نظرية البطلان في الفقه الاسلامي :

#### تمهيد :

تجعلنا دراسة نظرية البطلان في الفقه الاسلامي أكثر ايمانا بتأثير مواد القانون المغربي المتعلقة بالبطلان والإبطال، بالفقه الاسلامي، سواء كان ذلك التأثير، وقع بصفة مباشرة، كأخذ نصوص تلك المواد من أقوال فقهاء الاسلام، وهو أمر لا يستبعد، أو يكون وقع بطريقة غير مباشرة، وهو تأثير أو استفادة القانون الام، أي مدونة قانون الالتزامات والعقود الفرنسية عند نشأتها بالفقه الاسلامي. المهم هو أن هذا التأثير لا يخفى على كل باحث حاول المقارنة في هذا المجال، إذ سيتأكد بأن

(33) انظر المبحث الثالث من الفرع المتعلق بالبطلان.

نظرية البطلان، في قانون الالتزامات والعقود المغربي تأثرت إلى أبعد الحدود بنظريات الفقه المالكي والحنفي.

وسيرا على المنهج الذي اقتفيناه في المواضيع السالفة، نرى أن نسير في دراستنا لمواضيع التأثير أو الاقتباس في نظرية البطلان على الطريقة التالية :

### المبحث الأول : العقد الباطل في الفقه الاسلامي

حكمه، تمييزه، خصائصه ومجال تأثر قانون الالتزامات بذلك.

### المبحث الثاني : حكم العقد الفاسد.

المبحث الثالث : مقارنة بين القوانين الوضعية وبين الفقه الاسلامي في هذا الموضوع.

## المبحث الأول

العقد الباطل في الفقه الاسلامي حكمه، تمييزه، خصائصه،  
ومجال تأثر قانون الالتزامات بذلك

سنحاول في هذا المبحث أن نعرف بالمعنى اللغوي والحكمي للبطلان، ثم نبين مدى تشابه أحكام القانون المغربي على العقد الباطل بالأحكام التي خصصها الفقه الاسلامي لهذا العقد، كما سندرس خصائص البطلان في الفقه الاسلامي ومدى تطابق جلها مع الخصائص الموجودة لدى فقهاء القانون، وذلك من خلال المطالب التالية :

## المطلب الأول

### تعريف البطلان في الفقه الإسلامي

يقصد بالبطلان في اللغة فساد الشيء، أو عدم صلاحيته، إما للمعاملات، كقول الله عز وجل : (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) وإما لعدم صلاحه للعبادات كقوله جل ذكره : (يأيتها الذي آمنوا لا تبطلوا صدقاتكم بالمن والأذى) فصور البطلان وردت لها أوصاف كثيرة في كتاب الله العزيز، زيادة على ما سلف قال الله جل جلاله في حق عبدة الأصنام : (إن هؤلاء متبر ما هم فيه وباطل ما كانوا يعملون)، كبطلان عبادة المرائي (يراؤون الناس ولا يذكرون الله الا قليلا) ويطلق الباطل

في اللغة على الكلام إذا كان غير صحيح كقول زهير ابن أبي سلمى.

ومن دعى الناس إلى ذمه ذموه بالحق أو بالباطل

وقد اصطلح الفقهاء على نعت العبادات أو المعاملات، التي خرجت بهذا المعنى على إرادة الشارع في بعض أركانها، أو في شرط من شروط صحتها، إما بالعقد الباطل، أو الفاسد وهو يقابل الإبطال في بحوث بعضهم، وإما بالفسخ (34).

ونظرية البطلان في الفقه الاسلامي أوسع نطاقا من مثلها في الفقه الغربي، فهي تمتد إلى آفاق أبعد. فيدخل فيها إلغاء العقد وعدم سريانه في حق الغير وفسخه وانفساخه بل يدخل فيها إلى مدى محدود كل من الشرط الفاسخ والشرط الواقف (35).

. وأرجع بعضهم بطلان العقود إلى عدم حصول آثارها المقررة شرعا بين الناس، وقد جاء ذلك في الموافقات للشاطبي عند قوله : «وبطلان التصرف الشرعي من بيع وشراء، وزواج، وطلاق، وإقرار وإبراء وأخذ، وعطاء، وسائر المعاملات المدنية هو عدم حصول آثارها المقررة شرعا بين الناس من امتلاك وانتفاع وسائر الحقوق والثمرات والمصالح التي جعل ذلك التصرف سبيلا إليها وسببا منشئا لها» (36).

وبالرجوع إلى الفرع السابق نجد أن هذا المفهوم اللغوي هو الذي يستخلص من تعريف الحقوقيين للبطلان وهو الذي تعرض له المشرع المغربي ويكاد يكون بنفس تحاليل الفقه الاسلامي، وذلك من خلال المواد 306 إلى 310. فبطلان العقد يتخلف ركن من أركان الانعقاد، أو بالنص على بطلانه هي نفسها المباديء التي سنجدناها هنا معتمدة لبطلان العقد لدى أئمة الفقه الاسلامي. ولذلك فالحالات والخصائص والآثار التي بحثها الدكتور مامون الكزبري في الجزء الأول من كتابه ابتداء من صفحة 202 لا تكاد تخرج عن نفس تحاليل فقهاء الشريعة الاسلامية الآتية في شيء.

ومن ذلك ما جاء في كتاب المدخل لمصطفى الزرقاء، الذي قال ما نصه :  
(ان كل تصرف من الانسان له ناحيتان :

(34) انظر المبسوط للسرخسي ج 13 / ابتداء من ص : 4 إلى نهاية ص : 8، وعند السنهوري في مصادر الحق ج 4 / ص : 127.

(35) السنهوري في مصادر الحق ج 4 ص : 124. نظرا لما يجب أن أتقيد به من اختصار، حسب الامكان فسوف لا أتبع تحليل جميع جوانب البطلان في الفقه الاسلامي، إذ سأكتفي بذكر المباديء الكفيلة بإعطاء صورة كاشفة عن مجالات تأثير قانون الالتزامات والعقود المغربي بالفقه الاسلامي، في موضوع بطلان العقود.

(36) الموافقات للشاطبي ج 1 / ص : 292 - 296.

(1) وجود حسي وهو : وقوعه بحركته وصورته.

(2) وجود اعتباري وهو أن يعتبر الشارع له بعد وقوعه صفة الصلوح، لأن تترتب عليه أحكامه، وهي آثاره المقررة شرعا، ومن الواضح أنه كلما كان له صفة اعتبارية متوقفة عليها أحكامه، فإن عدم اعتباره يجعل وجوده كعدمه، فهو كصورة جامدة لا روح فيها، ولا تأثير لها وإنما الاعتبار الشرعي هو الذي ينفخ فيها الروح ويهبها الحياة)، وينبغي على هذا الرأي تعريفه للبطلان فيقول (البطلان هو عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وآثاره في نظر الشارع) (37).

ويرى السنهوري رحمه الله أن الفقه الاسلامي من حيث البطلان والصحة أكثر تدرجا منه من الفقه الغربي فهو يتدرج من البطلان إلى الفساد ومن الفساد إلى الوقف (38).

وتتلخص العناصر التي بنى عليها السنهوري في المرجع المذكور، وكذلك غيره من الفقهاء، تصورهم للمجالات التي يحدث البطلان من خلالها، في الحالات التالية :

1- صيغة العقد وهي التعبير عن الإرادة واعتبره بعضهم مثل الكاساني بأنه الركن الوحيد للعقد، وهو تعبير مردود في نظري، لأن الأركان لا يمكن حصرها في ركن واحد، وقد اعتبر هذا الرأي أن الأركان الأخرى هي شرائط أو أوصاف لهذا الركن نفسه.

2 - طرفا العقد، وفي هذه الحالة لابد من توافر الأهلية، وعدم تأثر الإرادة بشائب من الشوائب المعبر عنها بالعيوب التي سبقت دراستها.

3 - المحل، والمحل أهمية خاصة في الفقه الاسلامي، لما يجب أن يكون عليه من طهارة حكومية، وصلاحية للتعامل، حكما وعادة.

وكما مر معنا من خلاف في شأن الفرق بين الباطل والمعدوم، مما درس في مقدمة البطلان، ومحاولة البعض إلى حصر البطلان في نوعين : بطلان نسبي، وبطلان مطلق، فإنه كذلك وجدت خلاقات في الفقه الاسلامي حول أشكال البطلان والفساد والنافذ والموقوف.

فعند الحنفية قد يكون العقد فاسدا إذا تخلف وصف من أوصاف الصحة، بينما

(37) كتاب المدخل ج 2 ف 343 ص : 651 - 652.

(38) مصادر الحق للسنهوري ج 4/ ص : 124.

يكون باطلا إذا تخلف ركن من أركان الانعقاد، أما عند غيرهم فالفساد والباطل شيء واحد.

فإذا تم العقد بحسب أركانه، ولكن شابه عيب من عيوب الرضا عده الأحناف فاسدا بينما في بعض المذاهب الأخرى يكون باطلا، وسيأتي مزيد من الإيضاح لهذا الخلاف قريبا بحول الله.

وما يمكن أن يعبر عنه في القوانين المدنية بالإبطال هو يعرف عند الحنفية والبعض من المذاهب الأخرى بالعقد الموقوف، لأن الأمثلة التي تعطى لهذا النوع هي نفسها التي سبق أن أعطيناها استنادا إلى نصوص القوانين المدنية، لصور الإبطال.

ويدرك من الأقوال التي عزاها ابن حزم الظاهري في كتابه المحلى إلى مختلف أئمة الفقه الاسلامي، أنهم لا يفرقون في أكثرهم بين الفساد والبطلان، أو عند جمهورهم يعبران عن شيء واحد هو عدم صلاحية العقد حكما للاعتبار الشرعي، فيمنع اكتساب أي حق، عن طريق تعامل فاسد، مهما طال الزمن، ومن تتبع تلك الأقوال سيلاحظ تشابها تاما بينها وبين أحكام المواد 306 إلى نهاية المواد المخصصة للبطلان في قانون الالتزامات والعقود المغربي.

وذلك أن ابن حزم ينفي ملكية الحائز لشيء بسبب عقد باطل فقال (كل من باع بيعا فاسدا، فهو باطل، ولا يملكه المشتري، وهو باق على ملك البائع، وهو مضمون على المشتري، إن قبضه فضمان الغصب سواء بسواء والثلث مضمون على البائع ولا يصححه طول الزمن، ولا تغير الأسواق ولا فساد السلعة، ولا ذهابها، ولا موت المتبايعين، وعزى لأبي حنيفة قوله : (من باع بيعا فاسدا فقبضه المشتري، فقد ملكه ملكا فاسدا، وجاز عتقه فيه، وقال مالك : إن بعض البيوع الفاسدة يُبَوَّعُ تُفْسَخُ، إلا أن يطول الأمر، أو تتغير الأسواق فتصح حينئذ) (39).

ثم أضاف وهذان قولان لا خفاء بفسادهما على من نصح نفسه، أما قول أبي حنيفة، فقد ملكه ملكا فاسدا فكلام في غاية الفساد وما علم أحد في دين الله ملكا فاسدا، إنما هو ملك فهو صحيح أو لا ملك، وما عدا هذا فلا يعقل.

وطالب المالكية بتحديد المدة التي إن مضت صح البيع الفاسد، وقد اعترض بشدة على نظرية المالكية القائلة بأن تغير الأسواق والحالة كاف لتصحیح ملكية الشيء محل البيع الباطل.

(39) ان هذا القول المنسوب لملك هنا يشابه أحكام المادة 306 المشار إليها.

ويرى ابن حزم أثناء رده على تلك المواقف أنها مجرد أكل أموال الناس بالباطل التي ورد في شأنها نهي الله صريحا بقوله : (ولا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل) (40).

يتضح من أقوال محمد بن حزم الظاهري أن الامام مالك سوى بين الفاسد، والباطل، وهي نظرية قانون الالتزامات والعقود التي بينها في المبحث الأول كما يلاحظ أيضا أن مالكا لا يقر تصحيح الملكية عن طريق العقد الباطل، أو الفاسد، وهما شيء واحد وإنما يسقط حق المطالبة بمرور الزمن نتيجة تغيير الأسواق والأحوال وهذا هو نفس المسار الذي تبعه قانون الالتزامات والعقود المغربي. ومطالبة ابن حزم الملكية بتحديد المدة، لا يمكن أن يرر ذلك الموقف المتشدد الذي وقفه أثناء نقده لهم المهم أن موقفهم في مدة تقادم دعوى العقد القابل للإبطال، قد حددها ابن عاصم بسنة عند قوله في الغبن :

ومن يغبن في المبيع قاما فشرطه أن لا يجوز العاما

هي نفس المدة التي اتبعتها المادة 311 من قانون الالتزامات المغربي بقولها إن مدة تقادم دعوى الإبطال تتقادم بسنة واحدة فلم يصحح مالك أحكام الفساد، ولم يبح أكل أموال الناس بالباطل عن طريقه، ولكنه حافظ على حقوق كل أطراف التعامل مراعي استقرار المعاملات وجعل حد للخصومات، وما ينتج عنها مما يجر إلى هدر الدماء مع أن عدم تحديده لتلك المدة في وقت معين، يترك المجال للقاضي لمراعاة الظروف والأحوال، واستنباط الحكم العادل منها وبهمننا من هذا أن نوضح أن المشرع المغربي سلك نفس المسار الذي سجله الفقه المالكي في الموضوع فلم يرد فيه نص على تحديد المدة الكافية لتقادم دعوى البطلان مما جعل الدكتور مامون الكزبري يختار مدة 15 سنة وهي مدة التقادم الطويل عملا بالفصل 387 (41) علما بأن الحالات التي وردت نصوص خاصة بشأن تقادمها يعمل فيها بمدة التقادم القصير على أن تتقادم في جميع الحالات بمضي خمس عشر سنة.

## المطلب الثاني

### حكم العقد الباطل وتمييزه عن بعض الأوضاع الأخرى

يسوي فقهاء مختلف المذاهب من غير الحنفية، بين العقد الباطل، وبين العقد

(40) المحلى لابن حزم جزء 8، ص : 421

(41) نظرية الالتزام ج 2/ ص : 209.

الفاسد، محتجين بحديث رسول الله ﷺ ونصه : (لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه) فما دام الشارع نهى عن اكتساب المال عن طريق الفاسد، والباطل، فانه يكون حينئذ حراما، والحرام ليس فيه درجات بل اذا صدر النهي على وجه التحريم وجب الكف، لأن الاستعمال فيه خروج على أوامر الشارع (42).  
ومن أقوال المالكية في توضيح المباديء العامة للبطلان قال الشيخ ماء العينين في كتاب المرافق ما نصه نظما ونثرا.

وعكسها البطلان في الوجهين      فخذ لذا التحقيق دون مـين  
قال في شرحه البطلان : يراد به معنيان.

أحدهما عدم ترتب آثار العمل عليه في الدنيا كما تقول في العبادات إنها غير مجزئة، وتقول في العادات إنها باطلة بمعنى عدم حصول فوائدها بها شرعا من حصول استباحة فروج وانتفاع بالمطلوب وفي وصف العقد الذي يتم وفق الشروط، ولكنه باطل ينص الشارع على بطلانه قال : «على اعتبار أن المعنى الذي من أجله كان العمل باطلا ينظر فيه فإن كان حاصلا، أو في حكم الحاصل بحيث لا يمكن تلافيه بطل العمل من أصله، وهو الأصل فيما نهى الشارع عنه، لأن النهي يقتضي بأن لا مصلحة للمكلف فيه، وإن ظهرت مصلحة لبإدائه الرأي، فقد علم الله أن لا مصلحة فيه، ولا في الاقدام عليه، وإن ظنها العامل، كصيام الأيام المنهي عن صيامها والربا في البيوع المنهي عنها ونحو ذلك، وإن لم يحصل منه وكان في حكم الحاصل ولكن أمكن تلافيه يحكم بتلافي ذلك العمل كما يقول مالك في بيع المدبر، أنه يرد، إلا أن يرد الشاري إعتاقه فلا يرد حينئذ، فالبيع إنما منع لحق العبد في العتق، أو لحق الله فيه أيضا، الذي انعقد سببه من سيده وهو التدبير، فإن البيع يفوته في الغالب (43) وهذه نفس المبادئ التي قررتها المادة 306 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، وقال الكاساني ما نصه :

«وأما إذا وقعت التصرفات غير مستوفية لأركانها وشروطها، التي جعل الشارع وجودها الاعتباري متوقفا عليها في نظره، كما لو صدر البيع من مجنون، أو حصلت الهبة، أو التبرع من مال وقف، أو مال قاصر صغير، فإن العقد رغم وجوده حسا

(42) قد أسهب المحل في المرجع السابق في تفصيلات هذا الموضوع ونحن لا يهمن أن نشتغل بها أكثر من توضيح بعض المبادئ العامة.

(43) كتاب المرافق على الموافق للشيخ ماء العينين من علماء المغرب، ص : 89 — 90 مطبعة الطالعة بفاس سنة 1326 هجرية.

يكون معدوما اعتبارا، غير منعقد فلا يترتب عليه حكمه من تمليك أو التزام، وهذا معنى بطلان العقد» البدائع في الاجازة ج 4 ص 218 وفي السيوع أيضا ج 5 ص 305.

ومثل ذلك يقال في غير العقود من التصرف القولي سواء أكان إخبارا كالأقرار، أو كان إنشاء كالدعوى بطلب الحق.

فالأقرار هو : — إخبار من المرء بحق عليه لغيره. (المجلة التركية — 1572 —) فإذا صدر الأقرار من شخص مستوفيا شرائطه يواخذ به المقر لأن من القوانين العامة أن المرء مواخذ بإقراره، وميز بعض الفقهاء بين بطلان التصرفات القولية والفعلية، ولأهمية تلك التفريعات نجملها فيما يلي :

### أ — بطلان التصرفات القولية :

تكون التصرفات القولية عقدية وغير عقدية.

فالعقود، كالبيع والاجارة والهبة، فوجودها الحسي هو صدور الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامها مما تعقد به العقود عادة. ووجودها الاعتباري، هو كونها رابطة منعقدة تربط المتعاقدين بحقوق والتزامات رتبها الشرع على انعقاد هذه الرابطة بينهما.

فإذا وجدت هذه العقود مستوفية مقوماتها وشرائطها الأساسية في نظر الشارع اعتبرت منعقدة، أي موجودة شرعا كما وجدت حسا، وترتبت عليها أحكامها ونتائجها التي رتبها الشارع على انعقادها من تمليك وغيره.

فمن أقر بعقد لزمه حكمه ومن أقر بفعل كإتلاف ونحوه لزمه موجه من الضمان والمسؤولية (المجلة) أيضا و 1577.

لكن إذا نقص الأقرار بعض شرائطه الشرعية كما لو صدر من غير ذي أهلية كالصغير، أو صدر من ذي أهلية لكنه ظاهر الكذب كمن أقر أنه قطع يد فلان، واليد قائمة سليمة، فانه لا يعتبر شرعا، فيكون وجوده الحسي معدوما، فلا يواخذ به المقر وعندئذ يقال : إن الأقرار باطل.

### ب — بطلان التصرفات الفعلية :

وكذلك يقال في التصرفات الفعلية سواء أكانت مستقلة كإحراز المباحات أو كانت مستندة إلى عقد كقبض المبيع مثلا، فإن هذه التصرفات هي أفعال حسية



تترتب عليها نتائجها التي قررها الشارع عندما تستوفي شرائطها التي يتوقف عليها اعتبارها الشرعي.

فإذا لم تستوف شرائطها لا يكون لها اعتبار فلا تترتب عليها آثارها. فإحراز الشيء المباح مثلا ينشئ عليه ملكية لمحرزه، إذا استوفى الأحراز شرائطه التي منها : أن يكون واقعا بقصد التملك، فإذا لم يقع بهذا القصد كان وجوده كعدمه، لأنه لم يكتسب الوجود الاعتباري في نظر الشارع فلا يترتب عليه حكمه وهو الملكية لمحرزه، بل يجوز لغيره أخذه. وينتج عن تسليم المبيع مشوبا بعيب يستلزم البطلان قيام نظرية التوقف في الأفعال كما في الأقوال (44).

### تحديد سبب البطلان

يستنتج من كل ما سبق أن البطلان يقع عندما تخالف التصرفات القولية، أو الفعلية عنصرا جوهريا من العناصر التي اعتبرها الشارع أركانا للوجود أو شرائطا للصحة.

فيكون إذن والحالة هذه البطلان بمثابة حارس على أحكام الشريعة يحول دون هدرها بعدم اعتبار كل تصرف لا يوافقها حسب الحالات المندرجة تحت الأركان، أو شرائط الصحة.

ومن هنا عرف ابن الهمام في فتح القدير العقد الباطل، بأنه «هو العقد الذي ليس مشروعاً بأصله» فتح القدير ج 6 ص : 42.

ويرى الزرقاء بأن عدم المشروعية هو عدم الموافقة لناحية جوهرية. فما هي هذه الناحية الجوهرية ؟ ثم يجيب على هذا التساؤل بقوله : «نريد بالناحية الجوهرية التي تجب مخالفتها البطلان كل ناحية أو شريطة أساسية، سواء كانت ذاتية، أي متعلقة ببعض الأوصاف المشروطة شرعا في مقومات التصرف وأركانه، أو كانت شكلية محضة، ثم إن لكل من هذه المقومات شرائط، أي صفات مشروطة شرعا لا بد من تحققها فيه حتى يتكون قوام العقد بمقوماته الصحيحة ويكسب وجوده الاعتباري. وتلك المقومات تختلف من عقد إلى عقد بحسب طبيعة تكوينه، فيمكن أن يكون عقدا عينيا، أو شكليا، أو تراضيا الخ... فهي تخص الصفات الجوهرية، التي تعني

(44) المدخل الزرقاء الجزء الثاني ص : 652 — 657.

كل عقد من هذه العقود، وهذا هو نفس الحكم الذي اعتمدته القانون المغربي وسواء تعلقت بذات العاقد كعدم توافر شروط الأهلية، أو كانت متعلقة بحالة اثبات تعتبر جوهرية ليعتد بالعقد، كالأشهاد في الزواج، فالنظام الشرعي المحدد للحالات، والهيئات التي يجب أن تتم عليها تلك العقود إذا اختل اعتبر اختلاله بطلانا لهذا العقد، الذي افتقد ركنًا من أركان انعقاده، أو شرطًا من شروط صحة هذا الانعقاد (45).

ويميز الزرقاء بين البطلان والفساد، فالباطل ما لا تمكن معالجته (46) والفساد في نظره هو ما يمكن أن نطلق عليه قابلية العقد للابطال.

ومن تتبع روايات كتب الحنفية يجدهم أحيانًا يمزجون بين البطلان والفساد عكس ما قاله السنهوري، الذي عمم الحكم بأنهم يميزون بين الفساد والبطلان، ومما يؤيد هذا ما يمكن التوصل إليه من شروح الكاساني لبطلان البيع، حيث ركز على عدم تطابق الإيجاب مع القبول، وجهالة الثمن، وعدم توافر الأهلية، أو بيع الأشياء المحرمة، فهذه المبادئ العامة للبطلان ويذهب في تحليلها، إلى أن يقول بالحرف «أما عند أبي حنيفة العقد فاسد كله لأنه فسد بفضه بفساد قوي، إذ لا سبب لبطلان البيع أقوى من عدم المعقود عليه، واستدلوا عليه بما ذكر في الزيادات، ولو اشترى ثوبين على أنهما هرويان كل واحد منهما بثمن مسمى، فوجد أحدهما لا يطابق الوصف فالعقد كله فاسد في نظر أبي حنيفة رحمه الله، فاذا كان في الوضع الذي كان أحد الثوبين بخلاف جنس ما سمي يفسد العقد كله» (47).

وعن الشرط الذي يفسد البيع قال السرخسي «حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أنها لما أرادت أن تشتري برة — رضي الله عنها أني مواليها إلا أن يشترطوا أن يكون الولاء لهم فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال صلاة الله عليه وسلامه : «اشترى واشترطي لهم الولاء، فإن الولاء لمن أعتق» ثم خطب رسول الله ﷺ فقال : «ما بال أقوام يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق والولاء لمن أعتق» فدخلت على ابن شبرمة فقلت له مثل ذلك فقال لا أدري ما قال : «حدثني محارب بن دثار عن ابن الزبير عن جابر بن عبد الله الأنصاري رضي الله تعالى عنهم أن النبي ﷺ، اشترى منه ناقة في بعض الغزوات، وشرط له ظهرها إلى المدينة»

(45) المدخل ج 1/ ص : 660 نقلت كلامه بتصرف قليل.

(46) نفسه.

(47) بدائع الصنائع ج 6/ ص : 185.

والصحيح ما استدل به أبو حنيفة، فانه حديث مشهور، ومطلق النهي يوجب فساد المنهي عنه : فأما حديث هشام ابن عروة فقد قال أبو يوسف عنه أوهم هشام بن عروة فقال قال رسول الله ﷺ، اشترطي لهم الولاء، لأن هذا أمر بالغرور ولا يظن برسول الله ﷺ ذلك ولو صح فتأويله اشترطي الولاء عليهم واللام تذكر بمعنى على قال الله عز وجل : «أولئك لهم اللعنة ولهم سوء الدار» ومعناه عليهم، فلا اشتراط في اللغة الاعلام، ومنه اشتراط الساعة» (48).

وللبدائع في الموضوع ما نصه : «وأما الشرائط المفسدة للمعاملة، فأنواع دخل بعضها في الشرائط المصححة للعقد، لأن ما كان وجوده شرطاً للصحة كان انعدامه شرطاً للفساد» (49) ولم يذكر البدائع هنا الفرق بين الفساد والبطلان علماً بأن البدائع فرق في أماكن أخرى بين البطلان والفساد فهل هذا تناقض أم غير متميز أم هو تمييز بين المعنيين ؟ ولأحمد الحجي الكردي تلخيص قيم لأنواع البطلان نوجز منه ما يلي : «البطلان هو كل بيع فاته شرط من شرائط انعقاده المتعددة، ويعرفه الفقهاء بأنه ما كان غير صحيح في أصله، ويقصدون بالأصل شروط الانعقاد لأنها أساسيات البيع، فإذا تخلفت واحدة منها اعتبر أن الشارع سلبه حكمه، وبسبب ذلك جرى بين الفقهاء خلاف حول الحكم في هلاك المبيع في يد المشتري، نتيجة عقد باطل فبعضهم ألزمه برد مثله إن كان مثلياً، أو ثمنه إن كان متقوماً، وبعضهم اعتبره أميناً لا يلزم بالرد، إلا في حدود ضمان الأمانة المعروفة» (50) انتهى بتصرف.

ولكن يبقى الرأي الراجح عند الحنفية هو التمييز بين الباطل والفاقد، فهذا الأخير هو كل بيع فقد شرطاً من شرائط الصحة العامة، أو الخاصة كالجهاالة في البيع أو الثمن، أو الأجل أما الباطل فهو تخلف ركن من أركان العقد، وسنوا لذلك قاعدة هي : الباطل ما كان باطلاً بأصله والفاقد ما تخلف شرط من شروط صحته، (51) قال في الفتاوى البيوع نوعان : باطل وفاقد، فالباطل ما لم يكن محله مالا متقوماً وأما الفاسد فما يدخل فيه الشرط الفاسد (52).

(48) كتاب المبسوط ج 13 / ابتداء من صفحة 2.

(49) بدائع الصنائع ج 6 / ص : 186.

(50) بحوث في الفقه الاسلامي ص : 217.

(51) نفسه مع تصرف في العبارات واختصار في التحليل.

(52) انظر الفتاوى الهندية ج 3 / ص : 146.

وذهب الشافعية إلى أن البيع الباطل كالفاسد في الحكم سواء بسواء، وقسموا البيع إلى منهي عنه وهو الفاسد وغير منهي عنه، وهو الصحيح (53).

وعند المالكية فالباطل والفاسد واحد شأنهم في ذلك شأن الشافعية والحنابلة. فكل هؤلاء، وبالأخص المالكية، تأثر القانون المغربي بأحكامهم في هذا المجال بصفة ملحوظة، ويظهر هذا التأثير في أحكام الاجازة، والتصديق، وطرق طلب إعلان البطلان. والدفع بالبطلان فمن تتبع المواد 306 إلى 310 من قانون الالتزامات والعقود المغربي لابد أن يسجل بأن هذا التشابه بين الأحكام لا يمكن أن يرد عن طريق الصدفة، وحتى إذا سلمنا بأن مواد التقنين المغربي أخذت من نظيرها الفرنسي لأمكننا الحكم بأن هذا الأخير أخذ كثيرا من أحكامه من الفقه الاسلامي وبالأخص المالكي.

ولمزيد من دعم هذا الادعاء نرجع إلى ما قال ابن رشد الحفيد أثناء دراسته للبطلان، حيث قال : «فالأنكحة تبطل بما كان منها فاسدا بإسقاط شرط متفق على على وجوب صحة النكاح بوجوده» (54) ويمضي في وصف الأنكحة الفاسدة إلى أن يصل إلى قوله في البيع : «ولكنه يحتاط بمنزلة ما يرى في كثير من البيع الفاسد، انه يفوت بحالة الأسواق، وغير ذلك» (55).

ولا يستبعد من هذه الأقوال أن يكون من المالكية من فرق بين البطلان والفساد، ومما يؤكد هذا الرأي قوله : «والاضطراب في المذهب في هذا الباب كثير، وكأن هذا راجع عنده إلى دليل الفسخ وضعفه، فمتى كان الدليل عنده قويا فسخ قبله وبعده، يعني الدخول، ومتى كان ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد، وسواء كان الدليل القوي متقفا عليه أو مختلفا فيه، من قبل هذا اختلف فيه أيضا» (56).

وتسوي المدونة بين الباطل والفاسد، كما تمنع الرد إن وقع الفوت، أو يلزم في مقابل ذلك جعل الخيار للمشتري في بعض الحالات، كما رجحت أخذ الثمن في حالة الفوت، والتي منها بعض الزيادة كولدادة الأمة.

ومن خلال أقوال المذهب في المدونة نلاحظ أيضا تشابها تاما بين أحكامها، وبين مواد الالتزامات والعقود المغربي، وذلك من خلال أقوالها التالية :

(53) الفتاوي الهندية ج 3 / ص : 158 - 159.

(54) بداية المجتهد ج 2 / ص : 59.

(55) نفسه.

(56) نفسه.

«قلت أرأيت من اشترى ثيابا ييعا فاسدا، أو حيوانا رقيقا فطال مكثها عنده ؟ قال مالك : أما الحيوان، فانها لا تثبت على حالها، لأنها تنمو أو تنقص فإن طال مكثها عند المشتري، كان فوتاً، أما الثياب، والعروض كلها غير الحيوان، والرقيق، فإن تغيرت أسواقها أو دخلها العيب فقد فانت».

وتلح المدونة على أنه في حالة تغيير البضاعة يجب رد ثمنها.

وتركز المدونة على ضرورة إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وذلك بقولها : «قلت أرأيت ان اشترت سلعة إلى أجل مجهول فقال المشتري أنا أبطل الأجل، وأنقذك الثمن الذي شرطت إلى الأجل. وقال للبائع لا أقبل ولكني آخذ سلعتي، لأن الصفقة وقعت فاسدة، ما قول مالك في ذلك ؟ قال البائع أن يأخذ سلعته عند مالك، ولا ينظر في ذلك إلى قبول المشتري، لأن الصفقة وقعت فاسدة، إلا أنها تفوت بناء أو نقصان أو تغير أسواق فيكون عليه قيمتها (57).

لم أستطع وجود ملاحظة تذكر تسوق إلى القول بوجود خلاف جوهرى بين الفقه والقانون، فقد بينا بأن البطلان يتحقق بتخلف ركن من أركان الانعقاد، والإبطال يتخلف شرط من شروط صحة العقد، وأن الفسخ يتحقق بعد أن يتم مستجمعا كل مقومات الصحة، ولكن أخل أحد المتعاقدين بالتزامه، وهذه هي نفس المبادئ التي نص عليها الفقه الاسلامي.

### المطلب الثالث

#### خصائص البطلان في الفقه الاسلامي

الخاصية الأولى : بطلان الشيء يقتضي بطلان ما في ضمنه وبطلان ما يبنى عليه (المادة 52 من مجلة الأحكام التركية) وهذه الخاصية تتفق معها أحكام المادة 308 من قانون الالتزامات والعقود المغربية بقولها : «بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعه، إلا إذا أمكن لهذا الالتزام، أن يبقى قائما بدون الجزء الذي لحقه البطلان.....».

الخاصية الثانية : إذا بطل التصرف الفعلي لزم نقضه، وإعادة طرفيه إلى وضعهما السابق قبل التصرف الباطل، علما بأن أثر التصرفات الفعلية، أقوى من التصرفات

(57) المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس مجلد 4 ج 9، ابتداء من ص 145 إلى 148.

القولية ولكن إذا بني التصرف على الباطل وجب إرجاعهما على الحالة التي كانت قائمة قبل نشوء العقد الباطل، وبناء على ذلك لو تقابض المتبايعان الثمن والمبتاع، فإن كل واحد منهما يلزم برد ما قبض نتيجة هذا العقد الباطل، إذا هلك المبيع وجب على المشتري رد قيمته إذا كان قيميا ومثله إذا كان مثليا.

#### الخاصية الثالثة : العقد الباطل لا يقبل الاجازة.

قال الزرقاء في الاجازة ما نصه : «فالاجازة انما هي في الحقيقة إرادة منفردة يقرر بها الانسان ويمضي تصرفا قائما متوقفا جعل الشرع له فيه حق التقرير والرفض» (58).

فالعقد الموقوف اذا كان مشتملا على عناصر الصحة، فإن سريانه يبقى موقوفا على إرادة طرف خارج من طرفي التعاقد، فهو كما قال الكاساني : «كمثل القادم على حدود أرض الغير إن شاء هذا الغير سمح له بدخولها وإن شاء منعها» (59).

لذا فإن العقد الباطل ليس موجودا في حكم الشارع حتى يحتاج إلى إجازة الغير له فكأنه لم يوجد أصلا، فإذا باع المحجور أو ناقص الأهلية ثم بلغ، أو زال الحجر وأراد أن يميز لم يصح (60) وكذلك لو تبرع من مال الصغير وليه أو وصيه، أو باعا من ماله، ثم بلغ وحاول إجازة تلك التصرفات، لم تجز إجازته (61).

الخاصية الرابعة : العقد الباطل لا يحتاج إلى فسخ ولا يحتاج به أمام القضاء بعكس بعض الحالات التي يحتاج المتضرر إلى حكم القضاء، لأن العقد استجمع كل عناصر الصحة، ولكن أحد طرفيه لحقه ضرر. فلا يستطيع أن يتخلص من هذا الضرر إلا بواسطة القضاء، كما في خيار العيب، أما في الباطل فانهما أمام معدوم حكما، ولذا فلا ينبغي أن يلجأ أحدهما إلى القضاء لينفي المعدوم فنفي المعدوم تحصيل الحاصل (62).

علما بأن حالات أخرى واقعية تنشأ أحيانا تجعلنا أمام ضرورة الالتجاء إلى القضاء، وذلك كما اذا تم تنفيذ العقد الباطل فأحيانا لا يمكن ارجاعهما لما كانا عليه

(58) المدخل ج 2/ ص : 672.

(59) البدائع ج 5/ ص : 148 — 149.

(60) المدخل ج 2/ ص : 673.

(61) ففي الفصل 310 من القانون المدني المغربي ما نصه : «على أن إجازة الالتزام الباطل بقوة القانون أو التصديق عليه لا يكون لها أدنى أثر».

(62) انظر المدخل المرجع السابق ففيه ما يثبت هذا القول.

إلا بواسطة القضاء، إذا لم يستطع الاسترداد بالتراضي، وكذلك إذا كان سبب البطلان ليس من البديهيات إذ يكون فيه خفاء واشتباه.

والقاضي في هذه الحالة لا يصدر حكما منشأ لوضع، ولكن يصدر حكما كاشفا مقررا لواقع فهو يعلن أن العقد باطل بأصله، والنتائج المترتبة عليه لا أساس لها ويجب أن ترجع إلى أصحابها (63).

ولا أحتاج تأكيداً على أن هذه هي الأحكام التي قررها قانون الالتزامات المغربي، التي تمت دراستها وبالرجوع إليها نحكم بتأثر قانون الالتزامات المغربي في موضوعها بأحكام الفقه الإسلامي.

## المطلب الرابع

### مجالات التأثير في آثار البطلان

إذا رجعنا إلى التعريف والأحكام والخصائص تمكنا من الحكم بأن نظرية البطلان في الفقه الإسلامي، اقتبست منها جل القوانين تقنينها لأحكام البطلان ومن بين تلك القوانين قانون الالتزامات والعقود ببلادنا، وإن النتائج والآثار التالية هي أيضا تبرز ذلك بما في الكفاية وهي :

أ — النتيجة الأساسية في البطلان.

ب — الحالات الاستثنائية، بالنسبة لتلك السلييات.

أ — النتيجة الأساسية للبطلان، هي : أنه يسبب بطلان فعالية العقد الحكمية فيجعله مجردا منها فلا تترتب عليه نتيجة حكمية فيجرد من النتائج التي يعطيها ذلك الأثر النوعي المقرر في حال صحته. ومعنى هذا أن نتائج الواقعة لا تترتب عليها، إذا كانت أتت نتيجة العقد الباطل، فالالتزام، والاقرار، والابراء، إذا أتى أحدها من جراء عقد باطل لم يترتب على أية واحدة منها حكمها، ويحق لنا بناء على هذا أن نردد مع فقهاء الشريعة الإسلامية قاعدتهم المشهورة : «العقد الباطل لا يترتب عليه حكم أصلا» (64) وبالرغم من اعتراض بعض الفقهاء الذين سماهم الزرقاء بالمعاصرين فإن نظرية عدم ترتب الحكم على الباطل بقيت هي الراجحة (65).

(63) لقد اعتمدت على تحليلات الزرقاء لأحكام الفقهاء في هذا البحث دون التقييد بألفاظه.

(64) البدائع ج 5/ ص : 305.

(65) المدخل ج 2/ ص : 664.

ب - غير أن هذا الحكم العام وردت عليه الاستثناءات في بعض الحالات أهمها ثلاث هي :

1 - عقد النكاح، فأحيانا عقد النكاح يقع باطلا لتوفر سبب من أسباب بطلانه، كالعقد على المحرمة، فاذا أخذنا بظاهر الحكم من أن العقد الباطل لا يترتب عليه الحكم الشرعي، اعتبر اتصال الزوج بالزوجة نتيجة هذا العقد زنى محضا يترتب عليه الحد وعدم إلحاق الولد، وعدم استحقاق المهر.

2 - ولا تخفى المضار التي ستنشأ عن هذا الاجراء، فستضيع سمات بريئة بحكم القضاء ويحد أفراد نزهاء من أهل الدين والتقوى، وتفقد محتاجات حقهن في رصيدهن في حاجة ماسة إليه. ورحمة من الشارع بطرفي العقد والأبناء الذين يأتون من أثر ذلك العقد رتب عليه بعض النتائج استثناء من القاعدة العامة المطبقة على العقد الباطل، وبذلك الاستثناء يرفع الحد عن الزوجين للشبهة الحاصلة، والشبهة تدرأ الحد، كما عن طريقه يثبت النسب لمنافاته لأوضاع الزنى. ذلك أن الخطبة والاشهار والعقد كلها مبررات تحتم أن يلحق الولد بالأب حماية لهذه النفس البريئة، التي أتت إلى الدنيا عن طريق المسطرة المتبعة كبقية الناس، الذين أتوا نتيجة عقد صحيح، فلا يعقل أن تمنع من الحقوق المترتبة لها بحكم هذا العقد. أما المهر الذي يعطيه الرجل مقابل الاستمتاع، فقد حصل بعقد على يد شاهدي عدل، وبخطبة، فإنه من الانصاف أن يسلم للمالكة، التي هي المرأة، حقها المالي، فكان هذا الاستثناء في محله، ولا يخفى أيضا أن القوانين تسلم ببعض الحقوق الناشئة بسبب عقد باطل.

3 - وتختلف أحكام الفقهاء على محل العقد الباطل في يد من اشتراه بسبب عقد باطل فمنهم من يرى أنه يكون بمثابة الأمانة لأن القبض وقع بإذن المالك فلا يضمنه، والحالة هذه أن المشتري لا يضمن إلا إذا وقع إهمال، أو تعمد، وهذا هو رأي المجلة التركية في المادة 370.

ويرى الأئمة الثلاثة وجمهور الحنفية عكس ما ذهبت إليه المجلة، لأنهم أقروا أن الثمن يبقى مضمونا في يد البائع حتى يرده، وإذا وقع الهلاك لزمه الثمن لأن القبض وقع على سبيل البدلية لا الوديعة وذلك يوجب الضمان (66) (67).

(66) رد المختار ج 4/ ص : 1959.

(67) المدونة الكبرى لمالك المجلد 4/ ص : 145 وما بعدها.



## المبحث الثاني حكم العقد الفاسد ووضع الملكية في ظله وآثاره المطلب الأول

### حكم العقد الفاسد

من خلال اختلاف مواقف الفقهاء من العقد الفاسد نفسه، فلا بد أن تختلف أحكامهم عليه، وإذا كان سبق في المبحث السالف البيان إلى أن الحنفية انفردوا بالتمييز بين العقد الباطل، وبين العقد الفاسد، فإن تتبع نصوص كتب المالكية يسوق إلى أنهم يصفون الفساد في بعض الحالات أوصافا تتفق مع تلك التي أعطاها له الحنفية فما هي تلك الأقوال ؟

ففي كتاب الكافي ورد ما نصه : «والحكم في البيوع الفاسدة، أن يفسخ ما لم يفت عند المشتري ويرد السلعة إلى ربها، والشنن إلى المشتري، فان فاتت عند المشتري بعد قبضه لها، رد قيمة ذلك الشيء بالغا ما بلغ، كان أكثر الشنن أو أقل إلا ما ذكرنا في هذا الباب من البيع والسلف» (68).

ولابن جزى ما نصه : «الفساد من البيع من خمسة أوجه هي : ما يرجع إلى المتعاقدين، وما يرجع إلى الشنن، وإلى المثلون، وقد تقدم ذلك في أبوابه. والخامس سائر البيوع المنهي عنها ونذكر في هذا الباب منها عشرة أنواع» (69).

وفي الشرح الكبير للدسوقي ما نصه :- «يفسد الحقد أي أنه لما شرب عليه المشتري الاتيان به صار كوكيله فانتفى عنه اللازم بمقتضى العقد فصار اشتراط الاتيان به موجبا للفساد لأنه كالشرط الناقض لمقتضى العقد» (70).

على أن المالكية الراجح عندهم هو تسوية الباطل والفساد في الحكم، وإن كان الوضع عندهم متميزا في وصف كل من الاثنين — الباطل والفساد قال في التحفة مبينا حكم الباطل :

والبيع والشرط المنافي إن وقع      لما من التحجير ذا فيه امتنع  
والشرط إن كان حراما بطلا      به المبيع مطلقا إن جملا

(68) كتاب الكافي لابن عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي ص : 724.

(69) كتاب قوانين الامام ابن جزى صفحة 170.

(70) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 3 / ص : 28.

فهناك فرق بين الشرط المنافي لطبيعة العقد، فمنعه، وبين الشرط الحرام فأبطله قال شارحه في البهجة : «والشرط إن كان حراما كشرط منع الجارية من الدخول، أو شرط أنها مغنية، وقصد بذلك الزيادة في الثمن، بإقرار أو بينة لا إن قال قصدت بذلك التبري من عيب الغناء، أو شرط الخيار إلى أمد بعيد لا يجوز مثله في تلك السلعة، أو بيع الدار على أن تكون مجمعا لأهل الفساد أو باعها على شرط مجهول، كقوله : لا نؤديك الثمن حتى تبيع سلعتك أو اشتري سلعة بضمن مؤجل على أنه إن مات فالثمن صدقة عليه، أو اشتري جارية على أنه إن وطئها فهي حرة، أو عليه دينار، أو باع الدابة أو نحوها على شرط الحمل، أو باع الثوب على شرط أن لا يقبله، ولا ينشره، أو على أنه بعشرة نقدا، أو أكثر لأجل، بشرط على المشتري أنه ان كره البيع لم يعد إليه ما دفعه، وإن أحبه حاسبه...» وبعد سرد كثير من أنواع البيوعات على شرط من هذا النوع قال : «فهذا كله مما يدخل في النظر فإذا وقع شيء من ذلك بطل» (71) أرى بأن هذه الشروط تتعلق بالوصف وبزوالها يصح البيع مما يفهم منه التمييز بين الباطل والفاسد.

وقالت المدونة : «قلت ما قول مالك فيمن سلف حنطة، وقد نقد الثمن، وضرب الأجل ولم يذكر جيدة ولا رديئة، قال ابن القاسم يفسخ ولا خير فيه، إلا أن يصفها بجودتها لأن الطعام يختلف في الجودة والصفة، فهنا وقع الحكم على الوصف دون الأصل، وصححه ابن القاسم ان وصف.

قلت أرأيت إن سلف في طعام موصوف إلى أجل معلوم، وقدم نقذه، واشترط الطعام الذي أسلف فيه بمكيال عنده، أو عند رجل ؟ قال : قال مالك لو أن رجلا اشترى طعاما بقصعة، أو بقدح ليس بمكيال الناس رأيت ذلك فاسدا، ولم أره جائزا فالسلف فيه من تلك المنزلة أو أشد» (72).

هنا المالكية تناولوا الفساد من جانب الأوصاف بدل الأركان واستعملوا كلمة الفساد، ولم يردفوها بكلمة البطلان، وهذه المواقف تتشابه إلى حد بعيد مع مواقف الحنفية في هذا الشأن. فنستطيع من خلال هذه الأقوال التوصل إلى أن بعض المالكية فرقوا بين البطلان والفساد شأنهم في ذلك شأن الحنفية.

وإذا اختلف الوصف فلم يختلف الحكم في الغالب، ونحن نرى أن موقف الحنفية

(71) البهجة على شرح التحفة ج 2/ ص : 8.

(72) المدونة الكبرى للإمام مالك ج 4/ ص : 39.

في هاته الصورة أقرب إلى المرونة ومنطق القوانين الحديثة خصوصا عندما نقارن بين الصحيح والباطل والابطال.

وهذه ملخصات موجزة جدا لأهم أقوال علماء الحنفية في الموضوع.  
قالت الفتاوى الهندية ما معناه: إذا كان العقد صحيحا في أركانه، وشرائط صحته، ولكن أوصافه غير صحيحة فهو فاسد (73).

وقال السنهوري: «يقوم التفريق بين العقد الفاسد والعقد الباطل عند الحنفية على أساس التمييز بين أصل العقد ووصفه، فأصل العقد هو الركن وشروطه، وهو الإيجاب والقبول وشروط الركن هي الصيغة....» ثم عددها إلى أن قال: «أما أوصاف العقد فيرجع أغلبها إلى المحل فلا يكون المحل منبها عنه ويكون منبها عنه إذا كان هناك ضرر في تسليمه أو دخله الغرر، أو الشرط الفاسد (74)، أو الربا، ويبقى بعد ذلك وصف يرجع إلى الرضا وهو أن يخلو الرضا من الإكراه.

«فالحنفية يميزون في العقد بين اختلاف الأصل واختلاف الوصف، فإن اختل الأصل، بأن تخلف الركن أو شرط من شروطه فالعقد باطل، وإن اختل الوصف بأن تخلف أحد الأوصاف، فدخل المحل الغرر أو الشرط الفاسد أو الربا، أو الضرر عند التسليم، أو شاب الرضا إكراه فالعقد فاسد لا باطل» (75).

ويرى السنهوري أن المذاهب الأخرى لا تميز بين الفاسد والباطل «فسواء اختل الأصل والوصف معا أو صح الأصل واختل الوصف فالعقد باطل أو فاسد، والباطل والفاسد سيان» (76).

ولم ينفرد الفقه الغربي، ولا القوانين المدنية النابعة منه، بفكرة انتقاض العقد، بل سبق إليها الفقه الإسلامي. ويجسد ذلك ما خلفه في هذا الموضوع فقهاء المذاهب الأربعة في شأنها من بحوث، إذا لم يتسع المقام لذكرها، فإنها وافية وشاملة، ومستقطبة لكل الحالات التي نصت عليها المادة 309 من قانون الالتزامات بقولها: «إذا بطل التزام باعتبار ذاته، وكان به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الآخر».

(73) الفتاوى الهندية ج 3/ ص: 133 ولقد أخذت معنى كلامه ولم أتبع ألفاظه رغبة في الاختصار.

(74) وفي هذا البحث نجد نفس الموقف عند المالكية.

(75) مصادر الحق ج 4/ ص: 147.

(76) نفسه.

فعند المالكية قال ابن جزري في قوانينه «إذا اشتملت الصيغة على حرام وحلال كالعقد على سلعة، وخمر أو خنزير، وغير ذلك فالصفقة باطلة، وقيل يصح البيع فيما عدا الحرام، بسقطه من الثمن، ولو باع الرجل ملكه وملك غيره صفقة واحدة صح البيع فيهما ولزمه من ملكه، ووقف اللزوم في ملك غيره على إجازته (77).

بقي أن نورد العناصر التي بنى عليها الحنفية تفرقتهم بين البطلان، والفساد، وحكم هذا الأخير لدى مختلف الفقهاء.

يبني الحنفية أسباب تفرقتهم بين البطلان والفساد على العناصر الأربعة التالية :

أولاً : النهي ورد عندما نكون أمام عقد فاسد عن غير البيع لا عن حقيقة، كما هو الشأن في البيع تحت وطأة الاكراه، فالمنهي عنه هو الضغط وما ولده من رهبة، وليس النهي وارداً على عين البيع، فاذا ثبت أن النهي عن البيع إنما هو نهى عن غير البيع لا عن عينه بقي أصل البيع قائماً سليماً من الخلل فانعقد، فيأتي من جهة النهي الفساد لا البطلان.

ثانياً : من المعلوم أنه إذا انعقد البيع وفق الشروط المنصوص عليها من قبل أصبح يفيد الملك باجماع كل المذاهب.

ثالثاً : يجب التمييز بين النهي الوارد على الأصل وبين النهي الوارد على الوصف.

رابعاً : «إذا ورد النهي من الشارع على أمر خارج الأركان فالأركان سالمة، والتصرف موجود بالرغم من وجود النهي عن الوصف. ويمكن التوفيق بين الوجود والنهي، فالوجود قائم من حيث إن الأركان سالمة، والنهي يمكن إكماله من حيث فسخ التصرف ووجوب التخلص منه، هذا هو حكم الفاسد (78).

ويرى الكاساني أن البيع الفاسد يفسخ نزولاً عند رغبة المتبايعين، أو أحدهما ويحكم القاضي (9) وهذا هو نفس الحكم في إبطال العقد، الذي من خصائصه أنه ليس من النظام العام ولذا فلا يمكن للقاضي أن يأخذ به من تلقاء نفسه.

وحلل الزرقاء أحكام الفساد والبطلان تحليلاً قيماً بين فيه أن الحنفية لديهم بعض المعاملات الفقهية، التي لا يميزون فيها بين البطلان والفساد فيكون الحكم فيها

(77) القوانين الفقهية للامام ابن جزري ص : 260.

(78) انظر علي الخفيف في كتابه أحكام المعاملات في الشريعة ص : 218 وكذلك محمد يوسف موسى في نظرية الأموال والعقد في الفقه الاسلامي ص : 628.

(79) كتاب البدائع ج 5 / ص : 300.

بالصحة، أو بالفساد، الذي يرادفه في هاته الحالة البطلان، وذلك بقوله : «وهم — يعني الحنفية — يصرحون في بعض الفصول الأخرى أنها لا فرق فيها بين فاسد وباطل كما في العبادات من صلاة أو صيام وحج، وإيتاء زكاة، فإنها جميعا تكون إما صحيحة مبرئة لذمة المكلف، أو غير صحيحة فلا يسقط بها الواجب، وفي هذه الحال يقال إنها فاسدة، أو باطلة بمعنى واحد» (80).

ثم أضاف بأن التمييز بين الفساد والبطلان لا يجري إلا في العقود المالية، التي تنشيء التزامات متقابلة (81) وهذا هو موقف القوانين المدنية المعاصرة.

وعن حكم العقد الفاسد قال ما ملخصه : رأينا فيما سلف أن العقد الفاسد يعتبر منعقدا ورأينا في تعريف الفساد أنه يجعل العقد مستحقا للفسخ، ومن الواضح أن انعقاد العقد يستوجب أثرا له، لأن العقد الذي لا يترتب عليه أثره أصلا هو الباطل، واستنادا إلى هذا النظر تقرر في الاجتهاد الحنفي أن فساد العقد بالمعنى الاصطلاحي للفساد هو أنه مرتبة متوسطة بين الصحة والبطلان لنتيجة هي : أن يصبح العقد مستحقا للفسخ بإرادة كل من الطرفين وإرادة القاضي (82).

أي أن العقد الفاسد يفقد قوته الالزامية فاذا طوّل أحد الطرفين بتنفيذه دفع عن نفسه بالفسخ، فاذا لم يطالب أحد الطرفين الفسخ فإن القاضي يفسخه من تلقاء نفسه دون طلب كما في البطلان.

ثم مضى المرجع المذكور قائلا : «فأما ترتيب الحكم على العقد الفاسد بمقتضى انعقاده، فإنه لا يثبت بمجرد العقد، كما في العقد الصحيح، بل يتأخر حتى تنفيذ العقد الفاسد : فإذا كان يباع فاسدا مثلا لا يملك المشتري المبيع بتمام الإيجاب والقبول» (83).

بل متى تسلمه فعندئذ يملكه، وينفذ تصرفه فيه، وكذا الهبة الفاسدة بالنسبة لامتلاك الموهوب، والصلح الفاسد بالنسبة لامتلاك البذل، والقسمة الفاسدة بالنسبة لامتلاك الأقسام وهلم جرا المجلة 366 و 371.

وفي الاجارة الفاسدة يثبت حكمها وتلزم الأجرة باستيفاء المنفعة فعلا لا بمجرد العقد (المجلة 471).

(80) عزى الزرقاء هذا القول لرد المحتار ج 1 أول باب مفسدات الصلاة، وقد وقفت عليه فوجدته بنصه فيه.

(81) المدخل ج 2/ ص : 687 فقرة 367.

(82) أخذ هذا الموقف من البدائع ج 5/ ص : 300.

(83) المدخل ج 2/ ص : 703 — 704.

ووجهة نظر الفقهاء في تأخير ثبوت الحكم للعقد الفاسد إلى تاريخ التنفيذ، أنه ما دام مستحقا للفسخ وهو عرضة للإبطال حتى بإرادة القاضي، ولو لم يطلب إبطاله أحد الطرفين، فليس من المصلحة الشرعية تعجيل التنفيذ بناء على عقد يوجب الشرع نقضه، لأن الدفع أسهل من الرفع ولكن إذا وقع التنفيذ والعقد منعقد لم يبق مناص من إثبات حكم العقد (84).

ويستوي موقف الحنابلة في الفساد مع بقية المذاهب الأخرى غير الحنفية، قال كتاب الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ما نصه :

«قوله : في الشروط الفاسدة أحدها أن يشترط أحدهما على صاحبه عقدا آخر كسلف، أو قرض أو بيع أو إجارة، أو صرف للثمن أو غيره، فهذا يبطل البيع وهو صحيح المذهب. قال المصنف والشارح والزركشي هذا هو المشهور في المذهب.

قال في الفروع لم يصح على الأصح، قال ابن منجا في شرحه : هذا المذهب جزم به في الكافي والوجيز المنشور، وغيرهم وقدمه في الرعايتين والحاويتين.

الثاني : شرط ما ينافي بمقتضى البيع نحو أن يشترط أن لا خسارة عليه، أو متى يأخذ المبيع فلا يتصرف فيه، وإلا رده، أو أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق أو إن أعتق فالولاء له، أو يشترط أن يفعل ذلك فهذا باطل في نفسه (85).

وصنف المرداوي حالات الإبطال تحت عنوان الخيار، وما أتى في شأنها من أحكام، إذا كان لا يخرج في الغالب عن المعروف لدى بقية الأئمة الثلاثة فما أورد في شأنه هو الذي اتبعته القوانين في الإبطال خصوصا وأنه بحث جلها تحت عناوين الغبن، والاكراه، والتدليس، وهي نفسها حالات تؤدي إلى الإبطال كما مر.

ونرى الانصاف يحلل في مكان آخر صور الفساد دون أن يردف ذلك بذكر البطلان فهل هذا عنده تمييز بين الاثنين ؟ أو هو بلغ به الخلط بينهما إلى الاكتفاء بذكر أحدهما دون الآخر ؟ أميل شخصيا إلى أن لديه نوعا من التمييز في الأحكام المخصصة لحالات من الفساد تغاير تلك التي خصصها للبطلان وأستطيع دعم هذا الرأي بقوله : «ومتى فسخ المظلوم منهما لم يفسخ في حقه باطنا وعليه إثم الغاصب».

ثم ذكر خلافا في المذهب الحنبلي في الموضوع فقال : «وعند المغني أنه يفسخ

(84) انتهى من المدخل للزرقاء في المرجع السابق نقلا عن البدائع ج 4/ ص : 218.

(85) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف فعلا الدين الحسن بن علي بن سليمان المرداوي ج 4/ ص : 350

ظاهرا وباطنا وان فسحه الكاذب عالما بكذبه لم يفسخ بالنسبة إليه» (86) ولو لم يكن لديه تمييز بين الفاسد والباطل لما أمكن القول بعدم فسحه باطنا، لأن الباطل لا يمكن اقراره لان ذلك نوع من أكل أموال الناس بالباطل.

أما فقه الامامية فقد سوا فيه بين الفاسد، والباطل فقال محمد جواد مغنية ما نصه :

«العقد الصحيح هو الذي جمع كل الشروط المعتمدة فيه كتوارد الأيجاب والقبول على معنى واحد، وبلوغ المتعاقد ورشده، وأهلية العوضين للتملك، ومتى توافرت الشروط بشتى أنواعها تم العقد»...

إلى أن قال : «وإذا عرفنا العقد الصحيح فقد عرفنا العقد الفاسد، وأنه هو الذي لا تتوافر فيه الشروط المطلوبة ولا تترتب عليه أية آثار من آثار الشرعية (87) فاذا تبايعا وتقايضا بالعقد الفاسد بقي المقبوض على ملك مالكة الأول، ولا ينفذ شيء من تصرفات الثاني فيه إطلاقا، كما لو لم يكن هناك عقد من الأساس» (88).

بعد سرد المواقف العامة لمختلف فقهاء مذاهب الشريعة الاسلامية، التي يبينها بعض مبادئها العامة للأحكام التي رتبها على البطلان والفرق عند بعضهم بين الفساد والبطلان، نستطيع القول بأنها هي نفسها المبادئ التي اعتمدها قانون الالتزامات والعقود المغربي، وما يقابله من القوانين المدنية عربية كانت أم غربية.

أ — وما يزيد في دعم هذا الحكم قول الدكتور مامون الكزبري وهو يشرح نظرية الالتزام المغربي حيث لخص المبادئ العامة للبطلان بقوله : «فالبطلان هو الجزء الذي يقرره المشرع، إما على عدم توافر ركن من أركان العقد (كما لو كان أحد المتعاقدين غير مميز، أو كان محل الالتزام التعاقدي عملا مستحيلا، أو كان الالتزام يفترق إلى سبب يحمل عليه) وإما بنص قانوني يقضي في حالة خاصة ولاعتبارات تتعلق بالنظام العام، ببطلان تصرف ما، رغم استكمال سائر أركان الأنعقاد.

ب — أما الإبطال فهو الجزء الذي يرتبه المشرع، إما على الإخلال بشرط من شروط صحة العقد، كما لو كانت إرادة أحد المتعاقدين غير سليمة لتعيينها بعيب من عيوب الرضى، أو لو كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، وإما بموجب نص قانوني يمنح حق الإبطال لأحد المتعاقدين في بعض الحالات.

(86) الانصاف ج 4/ ص : 450.

(87) فقه الامام جعفر الصادق محمد جواد مغنية ج 3/ ص : 47.

(88) نفسه إلى صفحة 49.

ج - ويتميز البطلان، والإبطال عن الفسخ من أن البطلان أو الإبطال يرجع إلى خلل في تكوين العقد بينما الفسخ يفترض فيه أن العقد نشأ سليماً مستوفياً أركان انعقاده وشرائط صحته ثم حصل أن أحل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فلجأ الطرف الآخر إلى طلب فسخ العقد ليتحلل هو أيضاً من الالتزام المترتب عليه، لذلك لا يتصور الفسخ إلا في العقود التبادلية، في حين أن البطلان أو الإبطال يصيب العقود التبادلية وغير التبادلية على حد سواء (89) (90)

ولقد سبق أن عرفنا أن الحنفية رتبوا البطلان على العقد الذي تخلف ركن من أركان انعقاده، أو شرط من شروط صحته، والفساد على شائبة تعلقت بوصف من أوصافه، فلديهم فكرة تقوم على الوجود والنهي ويمكن التوفيق بين الوجود والنهي، فالوجود قائم من حيث إن الأركان سالمة، والنهي يمكن إعماله من حيث فسخ التصرف ووجوب التخلص منه وهذا هو حكم الفاسد (91).

ولا نحتاج أن نكرر ما سبق قوله من أن موقف الحنفية في هذا الموضوع في غاية الجودة، كما أن بعض الفقهاء المالكيين لهم آراء مقاربة لهذا الموقف.

ولقد بينت في أول هذا المبحث أن هذا التفريق بين الباطل، والفساد، ليس بعيداً عن تمييز القوانين للبطلان عن الإبطال.

## المطلب الثاني

### وضع الملكية في ظل العقد الفاسد وآثار هذا العقد

في ضوء رأي من يفرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد نجد أن العقد الفاسد يثبت به الملك خلافاً للعقد الباطل إلا أن الملك هنا يتوقف على القبض الصحيح بخلاف العقد الصحيح فإن الملك به يتم بمجرد الانعقاد.

ولا نحتاج أن نردد بأن المذاهب الأخرى غير الحنفية لا يثبت بالعقد الفاسد عندها ملك كما لا يثبت بالباطل لأنهما يعبران عن شيء واحد.

(89) نظرية الالتزام للدكتور مامون الكزبري ج 1/ ص : 197.

(90) انظر ما سبق إلى نهاية المبحث.

(91) انظر على الخفيف في كتابه أحكام المعاملات في الشريعة ص : 218 وكذلك محمد يوسف موسى في نظرية الأموال والعقد في الفقه الإسلامي ص : 628.



فاذا اشترى الانسان شيئا عن طريق عقد فاسد، فإن الملكية تثبت له عند الحنفية، ولكن التصرف لا يجوز له إلا بعد القبض، وبعد تصحيح الفساد، وهذا في نظري يشابه ما يعرف بالاجازة عند أصحاب القوانين المدنية.

ودليل الحنفية على هذا الموقف الذي يميز التصرف ويمنع الانتفاع يلخصه قول أحمد حجي الكردي :

«فأما عدم الانتفاع به، فلأنه ملك خبيث للنهي المتعلق بالعقد، وأما صحة التصرف فيه فلأن النهي ليس لذات العقد فثبت به الملك، إلا أنه مكروه للنهي، ثم إذا باعه جاز لمن يشتريه الانتفاع به من كل وجه، لانقطاع تعلق النهي به بعد خروجه عن ملكه» (92).

أرى أن هذا التمييز بين الانتفاع والتصرف دون أهمية موقف الحنفية فيما يرجع لأصل العقد ووصفه، ولو كان هو الذي بنوا عليه تفصيلاتهم بين الباطل والفساد، لأصبح العمل بقول معارضهم أقرب إلى الصواب عندي.

ومن أهم ما تمكن دراسته، والمقارنة في شأنه في هذا المطلب هو : ضمان أو عدم ضمان المشتري للمحل، والحكم إذا هلك عنده ؟

قالت المجلة في المادة 52 «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه» ففي البيع الصحيح إذا هلك الشيء عند المشتري هلك مضمونا عليه بالثمن المسمى» (93) «فإذا كان البيع فاسدا لا صحيحا، هلك مضمونا على المشتري أيضا لثبوت الملك له بالقبض لكنه يهلك عليه هنا بالقيمة — ثم بالمثل — لا بالثمن المسمى بخلاف البيع الصحيح، ذلك أن الثمن يفسد بفساد العقد» (94).

ويسوي حجي في بعض الحالات بين الفساد والبطلان، وذلك بقوله : «وكذلك إذا لم يهلك وأراد المشتري التمسك به ولم يعارض البائع في ذلك ولم يعلم القاضي بفساد البيع، فانه يملكه بقيمته لا بضمنه المسمى، لبطلان الثمن كما تقدم.

فأما إذا قبضه قبضا صحيحا، فإذا كان قبضا، كأن يكون بغير إذن المالك، فانه لا يملكه بذلك، فاذا هلك في يده كان كما إذا هلك في البيع الباطل» (95)

(92) بحوث في الفقه الاسلامي أحمد حجي الكردي ص : 222.

(93) بحوث في الفقه الاسلامي أحمد حجي الكردي ص : 222.

(94) نفسه.

(95) نفس المرجع.

وهنا في مجال إفادة الملكية، أو عدم إفادتها تتفق آراء الحنفية، التي اعتمدها حجي مع آراء المالكية، والشافعية وكذلك الحنابلة، والكل تتشابه معه أحكام القانون المغربي التي سبقت دراستها في المبحث الخاص بالإبطال.

وحول الحكم عن المحل سواء في العقد الباطل أو الفاسد تعرض السرخسي للبطلان تحت عنوان البيع الفاسد فقال : «وإذا اشترى الرجل عدلا زطيا أو جرابا هرويا (96) على أن فيه خمسين ثوبا بألف درهم فوجد فيه تسعة وأربعين، فهو بيع فاسد للجهالة، — إلى أن قال — وكل جهالة تؤدي إلى المنازعة فاسدة يسوي بين الفاسد والباطل بقوله : «أما عند أبي حنيفة فالعقد فاسد كله، لأنه فسد بعضه بفساد قوي إذ لا سبب لبطلان البيع أقوى من عدم المعقود عليه.

وإذا أمكن الفصل بين الشيئين فيخص الفاسد ويصح العقد في الذي لا فساد فيه (97) وهي نظرية تحول العقد التي تعرضنا لها أعلاه في فرع البطلان.

وللحنفية مواقف مشابهة لمواقف المالكية والشافعية في هذا الموضوع والحاصل من كلامهم «أن كل شرط مناف لمقتضى العقد إنما يبطله إذا وقع في صلبه، أو بعده، وقبل لزومه بخلاف ما لو تقدم عليه ولو في مجلسه كما سيأتي. وحيث صح لم يجبر على فسخه بوجه، وما قبض بشراء فاسد مضمون بدلا ومهرا وقيمة وأجرة، وضمان المغصوب إذ هو مخاطب برده كل لحظة ومتى وطئها المشتري لم يجز ولو مع عمله الفاسد، إلا أن يعلمه، أو ثمن ميتة أو دم أو نحو ذلك مما لا يملك به أصلا كما لو كان الثمن خمرا، لأن الشراء به لا يفيد الملك عند أبي حنيفة، ولو كانت بكرا فهو كالنكاح الفاسد، وارش جنائية لازالة بكارتها بخلافه في النكاح الفاسد فإنه لا إرش لأن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه» (98).

وأحسن المواقف المبينة للمبادئ العامة لحكم المحل قبل الفسخ هو ما لخصه كتاب فقه السنة بقوله : «البيع الصحيح ما وافق أمر الشارع باستيفاء أركانه، وشروطه فحل به ملك البيع والثمن والانتفاع بهما. فإذا خالف أمر الشارع لم يكن صحيحا، بل يقع باطلا. وفاسدا، فالبيع الفاسد هو الذي لم يشرعه الاسلام، وهو بهذا لا ينعقد، ولا يفيد حكما شرعيا ولا يترتب عليه الملك، ولو قبض المشتري المبيع، لأن المحظور لا يكون طريقا إلى الملك. قال القرطبي : كلما كان من حرام بين فسخ

(96) ورد اللفظ هكذا (عدل زطي أو جراب هي وي).

(97) المبسوط للسرخسي ج 13/ ص : 2 وما بعدها إلى نهاية الباب.

(98) الجمل على شرح المنهل لشيوخ الاسلام زكيا الأنصاري ج 2/ ص : 75.

فعلى المبتاع رد السلعة بعينها، فإن تلفت في يده، رد القيمة فيما له قيمة، وذلك كالعقار، والعروض والحيوان، والمثل فيما له من موزون، أو مكيال من طعام أو عرض. وعن الربح في البيع الفاسد ذهب الأحناف في شأنه إلى أن البائع يبيع فاسدا إذا قبض الثمن وتصرف فيه فربح فعليه فسخ البيع ورد الثمن للمشتري والتصدق بالربح لحصوله من وجه منهي عنه ومحذور عليه، بنص الكتاب.

### هلاك المبيع قبل القبض

أولا : إذا هلك المبيع كله، أو بعضه قبل القبض بفعل المشتري، فإن البيع لا يفسخ ويبقى العقد كما هو، وعليه أن يدفع الثمن كله، لأنه المتسبب في الهلاك. ثانيا : وإذا هلك بفعل أجنبي، فإن المشتري بالخيار في الرجوع على هذا الأجنبي وبين فسخ العقد.

ثالثا : ويفسخ البيع إذا هلك المبيع كله قبل القبض بفعل البائع، أو بفعل المبيع نفسه، أو بآفة سماوية.

رابعا : فاذا هلك بعض المبيع بفعل البائع سقط عن المشتري بقدر الجزء الهالك ويخير في الباقي من حقه في الثمن.

خامسا : أما إذا كان هلاك بعض المبيع بفعل المبيع نفسه، فإنه لا يفقد شيئا من ثمنه والمشتري مخير بين فسخ العقد، وبين أن يأخذ ما بقي بمجموع الثمن.

سادسا : إذا كان الهلاك بآفة سماوية ترتب عليه نقصان قدره فيسقط من الثمن بقدر النقصان الحادث ثم يكون المشتري بالخيار بين فسخ العقد، وبين أخذ الباقي بحصته من الثمن» (99).

وللمالكية أقوال مماثلة لما ذهب إليه كتاب فقه السنة، وذلك حسب نص رسالة أبي زيد القيرواني وهو : «وكل بيع فاسد فضمامه من البائع، فإن قبضه المبتاع فضمامه من المبتاع من يوم قبضه، فإن فات المبيع يبيع فاسدا بأن حال سوقه، أو تغير في بدنه فعليه قيمته يوم قبضه ولا يرده.

وان كان ما يوزن أو يكال فليرد مثله ولا يفيت الرباع حوالة الأسواق». ولأهمية أقوال فقهاء المالكية بالنسبة لهذه المسألة نورد نص ما قاله العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني على رسالة أبي زيد القيرواني وهو : «قوله وكل بيع فاسدا

أي العقد أو لثمنه أو لثمنونه أو أجله أو غير ذلك بما يفسد به البيع من فقد ركن أو شرط أو وجود مانع كالنساء والتفاضل في الربويات، متفقا على فسادهما أو مختلفا في فسادهما، فقول الشارح كالبيع وقت نداء الجمعة الظاهر أنه مما فسد لعقده فإن قبض المبيع قبضا مستمرا بعد بت البيع، احترازا مما إذا اشترى سلعة فاسدا فقبضها ثم ردها إلى البائع على وجه الأمانة أو غيرها فهلكت، فإن ضمانها من بائعها، لأن هذا القبض بمنزلة العدم. وقيدنا بكونه بعد البت للاحتراز عن بيع الخيار فإن ضمانه من البائع، ولو قبضه المشتري. لأن البيع الصحيح إذا وقع على خيار الضمان فيه من البائع. تنبيه : هذا الضمان ضمان أصالة لا ضمان رهان، فلا ينتفي بإقامة البينة، ولا فرق بينا يغاب عليه وغيره. وقوله أي المبيع للمفهوم من السياق كما في التحقيق، أو المفهوم من بيع. إلى أن قال : فقوله وإنما قبضه من التملك يقتضي أنه انتقل للملك المشتري فينافي قوله سابقا لأنه على ملكه لم ينتقل إلى ملك المشتري».

ومضى محلا كل حالات ضمان المبيع يبيعا فاسدا إلى أن وصل إلى مصير الغلة التي يجنيها المشتري أثناء وجود المبيع تحت يده، ولمن تؤول إذا حكم بالفساد فقال :

«إذا ردت السلعة بسبب الفساد يفوز المشتري بغلتها<sup>(100)</sup>، وظاهر كلامهم ولو علم المشتري بالفساد وبوجوب الفسخ إلا في مثله وهي ما إذا اشترى شيئا موقوفا شراء فاسدا مع علمه بأنه وقف فيجب ردها حيث كان على غير معين أو على معين غير رشيد، وأما على معين رشيد وباعه ذلك المعين، فانه يفوز المشتري بالغلة»<sup>(101)</sup>.

وعن وقت الضمان قال : «قوله وإنما يضمن يوم العقد ما يكون صحيحا» أي لم يكن فيه حق توقيه ووقع بتا فينتقل ضمانه للمشتري بمجرد العقد، وأما إذا كان فيه حق توقيه بأن كان مما يكال أو يوزن أو يعد فلا ينتقل ضمانه إلا أن يقبضه وهو بكيل ما يكال أو وزن ما يوزن أو عد ما يعد».

وبعد استعراض صفات الضمان، والحكم بأن محل البيع الفاسد ضامن في المشتري إذا حازه حتى يرده مهما تغيرت الأسواق، ومن أي صنف كان المحل، بين الحكم في المدة فقال : «قوله المشهور أنه غير مفيت (يعني الزمن) ومثاله ما لأشهب من أنه مفيت، ومما يفите أيضا طول الزمان، واختلف في مقدار الطول ففي كتاب التدليس من المدونة شهر وفي كتاب السلم منها ليس الشهران ولا الثلاثة بفوت إلا

<sup>(100)</sup> هذا خلاف ما ذهب إليه فقه السنة الذي قال في الفقرة السابقة بأن الربح يجب أن يتصدق به لعدم جواز ملكيته لحرمة مصدره.

<sup>(101)</sup> حاشية الدسوقي على كفاية الطالب الرباني على رسالة أبي زيد القيرواني ج 2/ ص : 148.

أن يعلم التغيير، قال المازري ليس بين الموضعين خلاف حقيقي، وإنما هو اختلاف لفظي في شهادة أي شاهد وحضوره أي أن مالكا تكلم عن حيوان بحسب ما عاينه» (102).

«فمرة رأى أن بعض الحيوانات يفوتها الشهر لسرعة تغييرها لصغر ونحوه، ومرة رأى أن بعض الحيوانات لا يفوتها الثلاثة لعدم ذلك، وكذا يفوت العروض نقل العروض كالحیوان والشیاب» (103).

أما آثار العقد الفاسد فإنها تلحق دائما بآثار العقد الباطل عند من يميز بينهما كالخفية، وذلك بعد اثاره الدعوى ويتمسك من له الحق في إثارته بطلب الفسخ، أو باستتباب الملك بناء على العقد إذا زالت أسباب الفساد التي عبروا عنها بالوصف. أما عند المالكية والحنابلة والشافعية فالفساد لا ينتج أي أثر لأنه معدوم، والمعدوم لا يمكن أن تترتب عليه آثار، إلا في الاستثناءات التي أشير إليها سابقا كمجالات الزواج الفاسد.

وهذه أيضا هي نفس المبادئ التي نصت عليها المادة 306 من قانون الالتزامات والعقود المغربية بقولها: «بطلان الالتزام بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له».

هذا مماثل لقول البهجة «وإذا بطل فبرد ولا غلة تصحبه، ولو علم المشتري بالفساد» (104) وتنفيذ أقوال المذهب أن العقد الفاسد لا تترتب عليه ملكية، ويجب إرجاع الطرفين إلى حالتها قبله، مع اعتبار المستجدات التي لا تمكن ازلتها مثل آثار العقد الفاسد في النكاح، وما عرفه المالكية بتغيير الأحوال ويمكن الرجوع في هذه الحالة للكتب المالكية (105).

وللأستاذ شحاتة ما يمكن الاكتفاء به هنا حول رأي الحنفية في شأن آثار العقد الفاسد وذلك بقوله: «ان القول بانتقال الملك إلى المشتري بالقبض في البيع الفاسد هو تصوير حنفي محض وهو جوهر نظرية الفساد. وأن المقصود منها في الواقع حماية حقوق الغير فلا يصح الاحتجاج بفساد العقد تجاه الغير، وليس لمالك الشيء الذي

(102) نفسه.

(103) نفس المرجع السابق ص : 149.

(104) البهجة ج 2 / ص : 8

(105) الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج 3 / ص : 53، وفي الفروق أيضا ج 2 / ص : 84 الفرق 82 و 83 و 84.

خرج من ملكه بعقد فاسد أن يسترده، إذا تداولته الأيدي، إذ لو صح ذلك لتزعزعت المعاملات التعاقدية.

فأسباب الفساد كثيرة، وليس في الفقه الاسلامي طرق لشهر التصرفات فيبقى الغير جاهلا لعيوب ملكية من نقل إليه الملكية فإذا اشترى كان ملكه انتقاليا لهذا أوجد الفقهاء قاعدة عظيمة الفائدة، يمكن بواسطتها الاستغناء عن طرق الشهر، ذلك أنهم اعتبروا التصرف في العين يظهرها من العيوب التي تشوب ملك المتصرف. ولكن كيف يتيسر لشخص تمليك أكثر مما يملك ؟ يظهر أن هذا الإشكال دعا الفقهاء إلى تصور انتقال الملك إلى المشتري بقبض العين المبيعة في البيع الفاسد، وأن له أن ينقل ملكيتها إلى غيره، أو يرهنها، وعندئذ لا يستطيع المالك في هذه الأحوال أن يستردها من الغير بل له فقط مطالبة المشتري الأول بالعوض، وهو قيمة الشيء المبيع» (106).

هذا المبدأ الذي انفرد به الحنفية من بين فقهاء الشريعة الاسلامية، ومن تتبع تفريعاتهم فيه، وأقوالهم حول مختلف جوانبه، يستطيع القول أنهم سبقوا لسن نظرية الإبطال غيرهم من زملائهم المسلمين حتى احتذى بهم أصحاب القوانين الغربية.

### المبحث الثالث

#### مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الاسلامي حول العقد

##### الباطل، والموقوف والقابل للإبطال.

أستطيع انطلقا من الأقوال السابقة، وتبعا لمن سبق أن درس هذا الموضوع، الحكم بأن الفقه الاسلامي كان أكثر شمولية في دراسته للبطلان مما عليه الحال عند الفقه الغربي. فالبطلان يتفق فيه الاثنان لكون كل واحد منهما يبطل العقد بتخلف ركن من أركان الانعقاد، أو شرط من شروط الصحة، وينفرد الفقه الاسلامي باضافات أخرى تعني العقد الموقوف، والفسخ عند بعضهم، وأنواع الخيارات، التي تشابه في بعض صورها بعض حالات الإبطال. وإذا كنت تحاشيت استعراض بعض

(106) النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية لشقيق شحاته فقرة 172 — 173.

هاته الصور فلأنني توصلت من خلال ما أتيت به من أقوال إلى الحكم بتأثر قانون الالتزامات فيما ذكر من تلك الصور، بنظريات فقهاء المالكية والحنفية.

أما في المواضيع التي انفرد بها الفقه الاسلامي، فلم أطل بذكرها، لأنها تعد نقصا في التقنين المغربي ينبغي أن يتلافاه المشرع، فيعمد إلى تكميل نقصه في أول فرصة تتاح له لمراجعة قانوننا المدني، فيسجل فيه جميع الحالات التي تعرضت لها كتب الفقه الاسلامي، وسكت عنها القانون اقتضاء بالتشريع الفرنسي، الذي فاته كثير من النصوص فبقي الاجتهاد والفقه في فرنسا، يعمدان إلى تكميله فيها كلما دعت ضرورة إلى ذلك.

وخير ما نؤيد به هذا الرأي هو ما قاله المرحوم السنهوري مقابلا بين الفقهين الاسلامي والغربي في هذا المجال وعبد المنعم الصدة حول أنواع الصناعة الفنية للموضوع، ومقارنة بين قوانين البلاد العربية والفقه الاسلامي. قال السنهوري :

«وإلى هنا يمكن التقريب بين الفقهين، ثم تتفاوت بعد ذلك الصناعة في كل منهما، إلى حد لا يستطيع معه الباحث إلا أن يشير إلى بعض مقابلات بينهما.

### المطلب الأول: التشابه بين العقد القابل للإبطال في الفقه الغربي مع العقد الموقوف عند الفقه الاسلامي

فقد رأينا الفقه الغربي يميز بين العقد القابل للإبطال والعقد الذي لا يسري في حق الغير ويطبق عدم السريان في حق الغير وفي مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة وفي بيع المريض مرض الموت أما الفقه الاسلامي فيواجه كل ذلك بفكرة العقد الموقوف.

ان الفقه الغربي يميز بين البطلان والفسخ أما الفقه الاسلامي فالفسخ عنده ليس نظرية عامة مستقلة بل هو يندرج تحت نظرية البطلان، ولا يعم العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فيها بل يقتصر على حالات معينة، كما في خيار العيب وفي خيار النقص (107).

والفقه الغربي يميز بين البطلان والشرط الفاسخ والشرط الواقف، أما الفقه

(107) يمكن الاستدراك على السنهوري هنا بأنه أهمل جانبا أساسيا فالمهم في الأمر هو أسبقية الفقه الاسلامي إلى سن مسطرة فسخ العقد عند الاختلال بالالتزام أما كيفية تحديد المسطرة فلا يمكن أن تؤثر في الطريقة التي تناولها بها فقهاء الشريعة الاسلامية نظرا للعهد المبكر الذي تناولوا فيه أمر فسخ العقد.

الاسلامي فيأبى في التمليكات التعليق على الشرط كقاعدة عامة (108) ولكنه يقترب من الشرط الواقف في خيار الشرط، ومن الشرط الفاسخ في خيار الرؤية والعيب، ويعرف العقود بحسب كل عقد على حدة. أما التعرض إلى البطلان أو الفسخ، أو الفساد أو حتى الالتزامات التخيرية من خلال أحكام تبنى على الأركان أو شروط الصحة، أو الوصف، فهذه المسطرة لم تكن معروفة قبل فقهاء الشريعة الاسلامية، أو على الأقل لم تكن متداولة وفق النظرة الجيدة التي سنتها الشريعة الاسلامية.

وفي تعدد مراتب البطلان قال السنهوري : «فاذا تركنا هذه المقابلات المتأثرة في نواح مختلفة، واقتصرنا على تعدد مراتب البطلان والصحة في العقد، وجدنا الفقه الاسلامي أكثر تدرجا من الفقه الغربي في ذلك، فعنده العقد الباطل، ويقابله في الفقه الغربي العقد الباطل أيضا وهما سواء.

وعنده العقد الفاسد : ولا يقابله نظيره في الفقه الغربي (109).

وفي الفقه الاسلامي خيار التعيين (110)، ويواجهه الفقه الغربي بالالتزام التخيري. أما نظرية الفساد فيتولى بها الفقه الحنفي حماية الغير، على غرار نظام الشهر العقاري في الفقه الغربي، ويمنع الفقه الاسلامي مشتري المنقول من التصرف فيه قبل قبضه، فيقارب بذلك القاعدة التي تقضي في الفقه الغربي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية» (111).

وعنده العقد الموقوف، ولا نظير له في الفقه الغربي، وأقرب شبه به هو العقد القابل للإبطال وإن كان يقصر دونه.

وعنده العقد غير اللازم، ونظيره في الفقه الغربي العقود غير اللازمة، ثم يأتي العقد القابل للإبطال مرة أخرى ليقابل العقد غير اللازم في الفقه الاسلامي فيما يخص الغلط (112).

ومن تتبع آراء السنهوري يلاحظ أنه فرق بين الفساد والإبطال، وحكم بأن نظرية

(108) أيضا هنا لا بد من الإشارة إلى أن الحالات التي تناول الحنفية الفساد من خلالها تشابه بعض حالات الإبطال وقد بينت ذلك في مكانه.

(109) أيضا هنا لا بد من الإشارة إلى أن الحالات التي تناول الحنفية الفساد من خلالها تشابه بعض حالات الإبطال وقد بينت ذلك في مكانه.

(110) إذا كنت لم أتعرض لأوصاف الالتزام مما جعلني لم أتناول الالتزامات التخيرية فاني لا أشاطر السنهوري هذا القول لأن أمر الشرط شكل خلافاً كثيرة لدى مختلف علماء مذاهب الشريعة الاسلامية.

(111) مصادر الحق ج 4 / ص : 265 - 266.

(112) المرجع السابق.



الفساد على الشكل الذي صاغها الفقه الحنفي عليه تبقى فريدة، لا مثيل لها عند بقية أئمة فقهاء الشريعة الإسلامية، وأيضاً، ليس لها نظير في الفقه الغربي، ويستند في هذا الحكم على ما يلي : «ولا يوجد في الفقه الغربي ما يقابل ذلك»<sup>(113)</sup>، ومن ثم سلمت قوة العقد الملزمة فيه من الضعف. على أن الصناعة في الفقه الحنفي كان لها أثر بعيد في الحد من نتائج إضعاف القوة الملزمة للعقد، وتبادر إلى استبعاد الإكراه من بين أسباب الفساد، فقد بينا أن الأولى الأخذ فيه برأي زماني وجعل بيع المكره موقوفاً، وسبق أن رجحنا فيه الوقف على الفساد باستقراء أصول الصناعة الفقهية نفسها»<sup>(114)</sup>.

كذلك تستبعد الضرر من تسليم المحل، فبسبب الفساد فيه يزول التسليم كما سبق ويبقى من أسباب الفساد أهمها وهي ثلاثة :  
الضرر والربا، والشروط الفاسدة»<sup>(115)</sup>.

وهذا الاستنتاج الذي يحصر عناصر الفساد في العقد عند الحنفية في هذه الحالات الثلاثة يجعلنا نقر مع المرحوم السنهاوري أن نظرية الفساد من ابتكارات الفقه الحنفي، وإذا أخذنا أقوال المبسوط المتقدمة، والمدخل، والمغني تمكنا من استنتاج آخر يجعل هذه النظرية ليست بعيدة من أحكام قابلية العقد للإبطال.

يبقى ما اتفق عليه السنهاوري وعبد المنعم الصدة من أن العقد الموقوف يقابله الإبطال في القوانين الاتينية وتأثرت به قوانين البلاد العربية مثل القانون العراقي، يبقى هذا الموقف أقرب إلى الصواب وعلينا أن نتعرض له بإيجاز متماز في نفس الوقت بينه وبين أحكام قانون الالتزامات والعقود المغربي.

### متى يكون العقد موقوفاً ؟

تحت هذا السؤال بحث السنهاوري أحكام العقد الموقوف، وقال بأن حالات وقف العقد أوصلها بعضهم إلى ثمان وثلاثين حالة، ورد أسباب الوقف إلى سببين هما : حالة نقص الأهلية وحالة نقص المحل، وأدخل فيه بيع الفضولي، وركز على أن العقد الموقوف معروف لدى الفقه الحنفي والمالك، وبعض النظريات عن الفقه الحنبلي، أما

(113) يتكلم على نظرية الفساد.

(114) لقد سبق أن رأينا في كتب الحنفية نفسها آراء تذهب إلى تركية هذا التعديل في أحكامها حول العقد الفاسد، والتي ذهبت إلى أنها تقارب أحكام قابلية العقد للإبطال في القوانين المدنية.

(115) مصادر الحق ج 4 / ص : 121.

المذهب الشافعي فليس لديه إلا الباطل، الذي هو الفاسد في نظره سواء بسواء. وبعض استعراض حالة الأهلية، ومن بينها المأذون وما يحتاجه تصرفه من إجازة، بين الحكم في ذلك، وأنه يكون تصرفا صحيحا غير نافذ حتى يميزه الولي، وقبل تلك الإجازة يبقى ذلك التصرف لا ينتج أي أثر، ثم قال بالحرف : «ويحاص من ذلك أن التصرف لا في فترة وقفه لا يكون له وجود مادي فحسب، بل يكون له أيضا وجود قانوني، لأنه انعقد، بل انعقد صحيحا، ولكن هذا الوجود القانوني لا تترتب عليه آثاره فهو من هذه الناحية يقارب العقد الباطل، ولكنه يفارقه في أن الآثار موقوفة لا منعدمة وهي على خطر النفاذ أو الزوال» (116).

**المطلب الثاني : العقد الموقوف أو القابل للإبطال في قوانين الدول العربية ومدى تأثر قانون الالتزامات والعقود المغربي في شأنه بالفقه الاسلامي.**

ينبغي التنبيه إلى أن جل قوانين البلاد العربية تناولت موضوع البطلان والإبطال من خلال نفس المنهاج الذي انحازت إليه القوانين الغربية، إلا في حالات لا بد فيها من مراعاة الأوامر الإسلامية.

ولقد انفرد القانون العراقي من بين جل قوانين البلاد العربية بأخذه لكثير من أحكامه من نظريات الفقه الاسلامي، ومن بين تلك الأحكام نظرية العقد الموقوف التي أتى بها مشابهة لأحكام نظرية الإبطال. وقد لخص الصدة ذلك بقوله : «سار التقنين المدني المصري والتقنين السوري والتقنين الليبي والتقنين التجاري الكويتي والتقنين السوداني والتقنين اللبناني على نسق التشريعات اللاتينية في تحديد مراتب البطلان فالعقود في هذه التقنينات تنقسم من حيث البطلان إلى عقود باطلة وقابلة للبطلان، وقد رأينا في الفقرتين السابقتين الحالات التي تندرج تحت كل واحد من هذين النوعين :

أما التقنين المدني العراقي، فقد أخذ من الفقه الاسلامي فكرة العقد الموقوف، وأحلها محل فكرة العقد القابل للإبطال، فالعقود في هذا التقنين تنقسم من حيث البطلان إلى عقود باطلة وعقود موقوفة».

إلى أن قال : «أما العقد الموقوف فانه يقابل العقد القابل للإبطال ولكنه يختلف عنه من وجهين :

**الأول :** أن العقد القابل للإبطال ينشأ صحيحاً منتجاً لآثاره إلى أن يطلب إبطاله أو تلحقه الاجازة، بينما ينشأ العقد الموقوف صحيحاً ولكنه لا ينتج آثاره فتظل هذه الآثار موقوفة إلى أن ينقض العقد فيبطل أو تلحقه الاجازة فينفذ.

**والثاني :** أن نطاق العقد القابل للإبطال يشمل بحسب الأصل نقص الأهلية وعيوب الإرادة، بينما يشمل نطاق العقد الموقوف نقص الأهلية وعيوب الإرادة (المادة 134 مدني عراقي) وانعدام الولاية على المحل أي التصرف في ملك الغير بدون إذنه (م 135 مدني عراقي) .

وإذا كانت القوانين العربية الأخرى تتضمن نصاً خاصاً يجعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري، فإن هذا النص يعتبر استثناء من القواعد العامة في البطلان في هذه القوانين. وهذا فضلاً عن أن لذلك البيع حكماً آخر بالنسبة إلى المالك إذ يعتبر غير نافذ في حقه.

ويلاحظ أنه في الفقه الإسلامي يكون العقد موقوف النفاذ إذا كان نقص في الأهلية أو إذا تعلق حق الغير بالمحل. وهذا السبب الأخير تدرج تحته حالات أهمها تصرف الفضولي، وهو من يتصرف في ملك غيره بدون إذنه، وتصرف الفضولي، وهو من يتصرف في ملك غيره بدون إذنه، وتصرف مالك العين المرهونة أو المؤجرة، والبيع الصادر من المريض في مرض الموت لوارثه، ولكن الشارع في التقنين المدني العراقي جعل هذا السبب قاصراً على انعدام الولاية على المحل أي التصرف في ملك الغير بدون إذنه، غير أنه من ناحية أخرى توسع في نطاق العقد الموقوف، فجعله يشمل عيوب الإرادة فضلاً عن هذين السببين، وبذلك أصبحت الأسباب التي تجعل العقد موقوف النفاذ في التقنين المدني العراقي هي نقص الأهلية وعيوب الإرادة وانعدام الولاية على المحل» (117).

ومن أهم المراجع التي تكلمت عن نظرية البطلان في بلادنا بحث قدمه الدكتور شكري السباعي لنيل دكتوراه الدولة سنة 1969، ومن تتبع أقواله، وما جمع فيه من نظريات سواء تعلقت بالعهد الروماني، أو بأحكام القوانين العربية، أو الأوربية، سيجد أن هذا التماثل الذي لاحظناه بين القانون المغربي، الذي هو المقصود بالدرجة الأولى في البحث المذكور، وبين نظريات الفقه الإسلامي وطيد جداً مما يسوقه إلى الحكم بتأثر أقوال القانون المدني المغربي كما أسلفت بنظريات فقهاء المذهب المالكي

(117) نظرية العقد في قوانين البلاد العربية للدكتور عبد المنعم الصدة ص : 201.

والخنفى. وفي مجال المقارنة نورد مقتطفات من أطروحة السباعي توضح الأطوار التي مرت منها نظرية البطلان امتدادا من القانون الروماني إلى تقنينها في التشريع المغربي وذلك بقوله : «بدأت نظرية البطلان تأخذ مكانها في القانون المدني الروماني بعد أن أصبح التراضي جوهريا لنشأة العقد سواء في العقود التي تقوم على حسن النية أو العقود الشكلية وهذا ما عبر عنه بوديوس بالالتزام بدون اتفاق أي أن الرضا هو الركن الأساسي الأول في العقد، فإن تخلف كان العقد باطلا (118) حتي ولو أفرغ في الشكل الرسمي الذي حدده القانون وعلى العكس من ذلك فإن نشأ العقد عن إرادة صحيحة وسليمة إلا أنه بطل شكلا فإن مثل هذا البطلان لا يعدم العقد بأكمله وإنما يجعله ينتج بعض الآثار في حدود معينة باعتباره تعهدا اتفاقيا» (119).

ومضي الدكتور السباعي واصفا الأركان التي توجب البطلان لدى الرومان فيضيف إلى التراضي المحل وفقدان الأهلية، أما عيوب الإرادة فقال بأن القانون المدني الروماني لم يعرف منها سوى الغلط، بحيث ترك بقية العيوب الأخرى للقوانين البيروتية، وقد كانت تُسنُّ للاكراه، والتدليس، أما دعوى الرفع بعدم التنفيذ، أو دعوى الاسترداد، وهي دعاوى ابتكرها الفكر البيروتى بعد أن توسعت الدولة الرومانية، وتطورت من مجتمع صغير يعتمد على الفلاحة، إلى شعب كبير له موارد حياتية متنوعة (120).

وبعد أن تعرض للبطلان في القانون والاجتهاد الفرنسي وأيضاً للبطلان في التشريعات الحديثة وإعطاء نظرة عن البطلان في الفقه الاسلامي قال عن البطلان في التشريع المغربي ما ملخص بعضه :

يعتبر التشريع المدني الفرنسي، والتشريع التونسي من المصادر الأساسية للتشريع المدني المغربي، وقد صدر هذا الأخير في 9 رمضان عام 1331 الموافق 12 غشت 1912، أي في وقت فقد فيه المغرب سيادته الكاملة، ومن بينها السيادة التشريعية، فكان من الطبيعي أن تميل اليد الأجنبية التي كلفت بوضع تقنيننا المدني في بعض الأحيان إلى التشريعات اللاتينية وعلى الخصوص مدونة نابليون لتستمد منها الأسس والقواعد والمبادئ الأساسية لشعب يختلف عن الشعب الفرنسي ديناً ولغة وعقلية وتقاليده وعادات. ولكن تحت تأثير هذا الاختلاف، وترضية للعلماء المسلمين، الذين

(118) هذه المرحلة تكاد تكون النهائية في تطور التصرفات في القانون الروماني لأن بدايته تركزت على الشكلية أكثر من الرضا.

(119) الدكتور شكري السباعي نظرية بطلان العقود وإبطالها في قانون الالتزامات والعقود ص : 37.

(120) نفسه 40 — 41 لم أورد هنا عباراته بالنص وإنما أخذت معناها فحسب.

كانوا يتمتعون بسطوة ومكانة مرموقة لدى ملوك المغرب، اعتمد الفرنسيون بعض المصادر الاسلامية، كمرشد الحيران، وبناني، والتاودي، والمجلة، والدر المختار، وابن سلمون الزرقاني، وخليل، والتسولي وابن عاصم.. ثم قال في الهامش — «يلاحظ أن قانون الالتزامات والعقود قد تأثر في غالب الأحيان بالقانون التونسي، ولم يرق هذا الانتجال بعض الأوساط، لأن هذا القانون الأخير كان متأثرا إلى حد بعيد بالفقه الاسلامي».

وبعد الاشارة إلى المحاولات البسيطة التي قام بها المشرع المغربي لتقريب قانوننا المدني من الفقه الاسلامي نعود إلى فكرة تقسيم البطلان فنجدها تختلف عن الأفكار الاسلامية التي تقسم العقود الغير جائزة إلى عقود باطلة، وعقود فاسدة «والتي نقسمها إلى عقود صحيحة، وعقود باطلة، وعقود موقوفة» (121).

يؤيد هذا القول ما سبق أن أشرت إليه من أن القانون المدني المغربي تأثر بالمذهبيين الحنفي والمالكي، وخصوصا في هذا الفصل حول البطلان والإبطال، ولذا فإن الحكم يتأثر بماديء البطلان والإبطال في النصوص المغربية المتقدمة، ويجد مرتكزه ومستنده من أقوال الدكتور السباعي، وغيره من الذين تعرضوا للمقارنات التشريعية بين الفقه الاسلامي والقوانين الغربية، والعربية.

---

(121) الدكتور شكري أحمد السباعي في أطروحته نظرية بطلان العقود وإبطالها ص : 109.